Avo adoptivo carissimo, Illustr. Henrico Thoel, Antecess. Gottingensi et I. U. D.

auctor, nepos adoptivus.

Berol. d. XXIII. m. Novemb. 1857

Stahl

NOVELLA JUSTINIANI XCIX.

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

ILLUSTRIS JURECONSULTORUM ORDINIS

IN

ALMA LITTERARUM UNIVERSITATE

FRIDERICA GUILELMA

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS

RITE CAPESSENDIS

DIE VII. M. NOVEMBRIS

HORA XI.

PUBLICE DEFENDET

AUCTOR

CAROLUS JOAN. FRIED. GUIL. WIEDING

TUNDERENSIS.

Karl Johann Friedrich Wilhelm Wieding

ADVERSARII ERUNT:

KUEHNS, DR. JUR.
MEINECKE, REF. JUD. CAM.
VOLQUARDSEN, DR. PHIL.

BEROLINI 1857.

PROSTAT APUD W. HERTZ

(LIBR. BESSER).

FOR TX
W

5/12/21

VIRO ILLUSTRISSIMO

GUSTAVO MALMROS

SUMMI TRIBUNALIS HOLSATICO-LAUENBURGICI ADSESSORI ORDINARIO, REGIOS INTER MAGISTRATUS, PENES QUOS SUMMA SUO TEMPORE ERAT GUBERNATIO RERUM CIVILIUM HOLSATIAE ET LAUENBURGI, JUSTITIAE PRAEFECTO, AUGUSTISSIMO REGI A CONSILIIS STATUS ET REGNI ETC. ETC.

HUNC LIBELLUM

PIO GRATOQUE ANIMO

D. D. D.

AUCTOR.

Numero eorum, qui opinioni communi adversantur, in dies crescente haec ipsa opinio inde a Glossatorum tempore paene neminem habuit propugnatorem, qui quae pro ea faciant rationes omnes diligenter collegerit et accurate explicuerit. Quin quae Cujacius, Friedericus Esaias a Pufendorf, Georgius Julius Ribbentrop aliique perpauci scriptores hic vel illic ejus defendendae causa attulerunt, eorum fides adversariorum impetu nostro tempore adeo concussa est, ut unicum, quod supersit, praesidium si non in ipsorum adversariorum dissensionibus, in usu tantum judiciorum antiquitus constanter servato consistere videatur.

Ideo auctori opinionem communem defensuro causa scribendi sufficiens non defuit, eamque ob rem non inutile quid se sibi proposuisse existimat. An quidquam scribendo profecerit, ea de re apud ipsum non est judicium.

Permagnum dissertationis volumen veniam impetrabit maxime ob permultas illas varias et arteficiosas sententias adversariorum. Quam ob rem tribus e partibus, quas haec habet commentatio, ne eam quidem,

qua sententiae auctorum describuntur, dimittere licuit, quamvis recentiores hac in re fere omnes Gustavi Asveri studiis confisi sint. Sed historia, quam Asverus conscripsit, neque omnes de Novella sententias retulit, neque, quas attulit, eas in omnes partes recte explicavit. Omnem curam notioni vocis »ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι« eruendae habuit, sed beneficium, quod singuli scriptores profitentur, paene neglexit. Glossatorum et Commentatorum sententias parvi aestimavit, Bartoli et Balduini opiniones ignoravit, Ronchegalli et Donelli sententias perperam intellexit. Neque continentiae variarum inter se sententiarum rationem habuit, neque aliquod studium rebus investigandis impendit, quae earum proferendarum occasionem auctoribus obtulerint. Minime tamen laudibus hujus scriptoris obtrectator exsistam, qui primus omnium et ante libros editos Kelleri de litiscontestatione et re judicata atque Ribbentropii de obligationibus correalibus difficillimum hujus descriptionis munus subierit.

Deinde quod partem criticam spectat, quum naturae fidejussionis, quam vocant, mutuae, tum quam plurimis adversariorum rationibus indagandis et satis dijudicandis studium impendendum fuit exactissimum, ne cuiquam, iis inconsulto rejectis, stulte ac temere, ut mihi ipsi fides haberetur, postulare viderer.

Interpretationem Novellae in tria capita disposui. Primo grammatica explicatio prooemii, priorum interpretum sententiis refutatis, suscipitur et interna quae fuerit ratio Nov. 99 cum Nov. 4 conjungendae osten-

ditur. Deinde vim atque indolem vocis illius dubiae »ἀλλ. ὑπ.« detegere, eaque duce ex aliis rationibus a Justiniano propositis docere studui, Imperatorem de duobus pluribusve reis promittendi constituisse. Tertio capite imprimis hoc meum fuit exponere, beneficium Epistolae Divi Hadriani a Principe, in omnes partes accuratissime descriptum, ad correos debendi, qui expresse se in solidum obligaverint, extendi. Qua de re hic praemoneatur, ex mea sententia, quam alia in dissertatione (propter impedimenta academica typis nondum excusa, sed instante semestri hiberno certe imprimenda) uberius et accuratius explicui, beneficium Epistolae, quod vocant divisionis, eo consistere, quod creditor omnes debitores, qui praesentes et solvendo sint, una eademque actione, in unam summam (sive totius debiti, sive partis ejus) sine distinctione partium concepta, conjunctim et simul conveniat, et judex quemque eorum, qui conventi sint, facultatibus eorundem exploratis, aut in partem virilem aut in majorem minoremve partem, prout solvendo sit, condemnet, sed ita, ut partes totam summam expleant, quae ab actore petita sit. Talem enim tractandi beneficii rationem in bonae fidei judiciis obtinuisse arbitror, quorum naturam Justiniani tempore judicia quoque adversus correos facta sequebantur. — Haec igitur pars nonnisi illa dissertatione inspecta satis examinari poterit.

Quod voces artis grammaticae technicas litteris initialibus majoribus imprimi curavi, inde lector protinus earum cognitam habeat naturam.

Translationem Haloandri, hodie fere oblivione obrutam, necessarium duxi iterum in lucem proferre, quae summi in Novella nostra interpretanda momenti fuerit. E Germanica mea autem versione, si quid parum distincte atque clare scriptum esse videatur in commentatione, cognoscas, quae vere placuerint.

Restat, ut, qui de hoc meo libello optime meriti sunt, iis maximas hic gratias agam, quorum in numero prae ceteris multa debeo Illustri Henningo Ratjen, j. u. et phil. doctori, in academia Kiloniensi professori publico ordinario, bibliothecae publicae ejusdem academiae praefecto, Regi a consiliis status, ordinis Dannebrogici cruce aurea et argentea ornato, qui studia mea omni, quae ejus est, benignitate promoverit, necnon Illustri Georgio Curtio, phil. doctori et eloquentiae atque litterarum antiquarum in eadem universitate professori publico ordinario, qui comiter non recusarit, quin plures sententias, quae in hac dissertatione ad litteras Graecas respiciunt, examinaret easdemque, quantum ejus erat, confirmaret, denique amicissimo et praeclarissimo concivi C. R. Volquardsen, phil. doctori, qui mecum corrigendi onus gratiosissime in se susceperit.

Scripsi Berolini mense Septembr. A. MDCCCLVII.

AUCTOR.

INDEX RERUM.

PARS PRIMA.

Quae sententiae hucusque de Nov. 99 propositae sint.

PARS SECUNDA.

De sententiis opinioni communi contrariis.

PARS TERTIA.

Opinio communis defenditur.

Caput I.

Quomodo Nov. XCIX a legislatore conjungi potuerit cum Nov. IV.

Caput II.

Interpretatio vocis »ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους.«

Caput III.

Praecepta Novellae explicantur.

INDEX LEGUM ET SCRIPTORUM.

I. Leges.

II. Scriptores.

PARS PRIMA.

Quae sententiae hucusque de Nov. 99 propositae sint.

---

§ 1.

Historia Novellae usque ad Bartolum a Saxoferrato.

Jus Romanum ex Italia ad nos pervenit. Ideo non dubitamus hanc descriptionem nostram historicam a Juliano, Antecessore Constantinopolitano, et auctoribus libri incipere, qui Authenticorum nominatur. Nam quum Juliani Epitomen Novellarum, quae Justiniano adhuc vivo composita est, atque Authenticum novimus apud gentes Italiae olim in usu judiciorum fuisse, tum Glossatores illos primam Novellarum notitiam ex Authentico recepisse, et Juliani Epitomae auxilio in Novellis explicandis fructos esse[1]).

Ea opinio quae Novellam de duobus reis et beneficio divisionis latam esse dicit, jam a Glossatoribus est proposita, quam eam ob rem conjicias ex Authentico et Juliano haustam eorumque auctoritate fultam fuisse. Quod eo confirmatur, quod Novella in Authentico »De reis promittendi« inscripta est, et Julianus[2]) tam de correis debendi expresse

---

[1]) G. F. Puchta: Cursus d. Institut. 2. Aufl. Leipz. 1845. Bd. I. § 147.

[2]) Videsis § 29. 33. Cfr. Burchardi: Archiv f. civil. Praxis. Bd. XIX. (1836). H. 3. p. 67.

locutus est, quam beneficium ita descripsit, ut eum de beneficio divisionis cogitasse satis appareat.

Testimonium tempore proximum Petri »Exceptiones Legum Romanorum« pro opinione illa, quae postea vulgaris facta est, afferri possunt. Nam quod Fridericus Carolus de Savigny generaliter perhibuit »Exceptiones« Epitomae Juliani plane congruere, id, quod Nov. 99 attinet, ego quoque persuasum mihi habeo verum esse; quae res verbis auctoris inspectis omni dubitatione caret, etiamsi ea, quae in fine addita sunt, a Juliano discrepant[3]). Contra auctor Brachylogi[4]) paene iisdem, quibus Julianus usus est, verbis Constitutionem nostram memoriae tradidit.

Quod ad Irnerium, Glossatorum principem, pertinet, Savigny[5]) multis rationibus inductus est, ut eum jam Brachylogi auctorem fuisse existimaret. Major autem necessitas videtur nos impellere, ut quem plurimarum Authenticarum, quas Codici Justinianeo insertas habemus, auctorem novi-

[3]) V. Savigny: Geschichte d. Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Aufl. Bd. 2. p. 328: »Si duo vel plures simul pecuniam promittunt, unusquisque eorum pro sua portione teneatur, nisi specialiter et expresse dictum sit, ut vel creditor a quocumque vult, solidum petat, vel quod vicissim alter pro altero fidejussor existat (Const. 92).« Cfr. Savigny l. l. p. 136. p. 143 sqq.

[4]) Corpus Legum per modum Institut. ab incerto auctore in compendium redactum (in Institut. apud Sennetonios fratres. Lugd. 1549) Tit. J. de duo. r. vers. Pro his autem, a quibus stipulamur (p. 20) »quod si hoc (sc. ut unusquisque in solidum teneatur) expressum est, in praesentes, qui solvendo sunt, in solidum actio competit. Onera enim praesentiae vel absentiae praesentes et locupletes in simul sustinere debent. Ad inquirendum vero, qui sunt locupletes, necne, agenti stipulatori ante judicem omnes praesentes exhibere se debent.« V. Juliani Epit. l. l. infra § 33 et Savigny l. l. p. 238 sqq.

[5]) Savigny l. l.

mus[6]), eundem etiam Authent. Hoc ita C. de duo reis excerpsisse conjiciamus[7]). Nomen veri ejus Authenticae auctoris neque in Glossa, neque apud singulos illius vel posterioris temporis scriptores relatum est, nec vestigia desunt, quae sequentes ad Irnerium reducimur. Joannes Bassianus primus Authenticae Codici insertae mentionem facit, cujus verba[8]) si animo libero et non occupato inspicis, concedere te oportet, ea ad ipsum Joannem aut quemquam Glossatorum aequalium minime respicere, immo vero iis indicari, Authenticam L. 2. C. eod. jam ante aetatem Joannis adjectam esse. Tum locus, in quo Authentica Hoc ita collocata est, scilicet quod L. 2. C. cit. postposita est, argumentum maxime idoneum praebet. Accursius[9]) enim contentionem[10]), quae inter Glossatores de mutua correorum fidejussione orta est, ab Irnerio initium trahere memorat, ad Irnerii sententiam autem postea Martinus et Rogerius accesserunt, dum Bulgarus, Albericus de Porta Ravennate, Joannes Bassianus eam impugnaverunt[11]). Verba »Hoc ita«, quae initio Authenticae posita conspiciuntur, Authenticam

[6]) Savigny l. l. Bd. 4. p. 40 sqq.

[7]) A. Dedekind, De except. divisionis disquisitiones. Gottingae 1853. p. 151. eandem sententiam professus est, sed non apparet, quo ex fonte notitiam suam hauserit.

[8]) Summa Joannis (in Summa Azonis. Stud. Henr. Draesii. Basil. 1572) in Authent. VII. Coll. IX. Const. nr. 2. »In summa nota quod ex hac constitutione sumitur, quod est in C. eod. Auth. hoc ita.«

[9]) Gl. Juvare ad L. 2 C. de duo. r. »actione mandati: quia uterque pro altero videtur fidejussisse secundum Ir. et Azonem ... Accursius.«

[10]) V. § 25. Cfr. W. Girtanner: Die Bürgschaft nach gem. Civ. R. Jena 1850—51. p. 151 sqq.

[11]) Hugolini Dissensiones Dominorum § 357. 360 (in G. Haeneli Diss. Dom. Lips. 1834. p. 495. 498).

cum L. 2. C. cit. ita conjungunt, ut Authentica, licet praecipue ad conventionem utriusque correi in solidum pertineat[12]), tamen huic legi adjecta esse videatur[13]), quia Diocletianus et Maximianus eodem in rescripto jus correorum inter se regrediendi simul tetigerunt. Alias enim unaquaeque ceterarum constitutionum, praecipue L. ult. C. eod. aeque idonea fuisse videretur, cui Authentica annecti potuisset. Quod si ita est, Authenticam nonnisi ab Irnerio, Martinove aut Rogerio illi legi postpositam esse haud temere accipimus. Neque minus concedatur oportet, Martinum et Rogerium ab hac Authenticae dispositione omnino alienos fuisse. Nam de Rogerio[14]), qui IV Doctoribus superstes fuerit, omnino cogitari non potest, et si inimicitiarum[15]) memor sis, quae inter Bulgarum et Joannem et Martinum perpetuo intercesserint, et ea, quae altercantium invidia parere soleat, consideres, quomodo fieri potuit, ut ea Authenticae collocatio a Joanne silentio omissa, quin etiam paene comprobata, a nemine vero ex adversariorum numero unquam impugnata sit, nisi permagna Irnerii auctoritas eos oppresserit? Postremum Novellae in pristinum jus Digestorum et Codicis magna vis, aut inusitata, si malis, ejus materia Irnerium fugere nequivit, quippe qui primus fuerit, cui ad Authenticum et Julianum aditus patuerit, — id quod haud parvi momenti esse videtur, si originem et naturam Authenticarum recordamur[16]), quales sint.

---

[12]) Gl. Hoc ita et Gl. In solidum tenentur ad Auth. Hoc ita C. eod.

[13]) Gl. Cedere ad Nov. 99 »et sic ita corrigit hic quod est in L. 2. C. de duo. reis Accurs.« — Baldus Ubaldus Perusinus: Comment. in VI. (et seqq.) Cod. libr. Venet. 1577. fol. 162 ad Auth. Hoc ita nr. 1.

[14]) Savigny l. l. Cap. XXIX. — [15]) Savigny l. l. Cap. XXVIII.

[16]) Savigny l. l. p. 39 sqq.

Sed sive Irnerius, sive alius quilibet Glossator Authenticam concepit et Codici inseruit, tamen quin auctor opinionem communem secutus sit, dubitari non potest. Et persuasum mihi habeo, neque Bulgarum et Martinum, neque Albericum de Porta Ravennate et Rogerium ab ea discessisse. Quorum quidem sententiae de Novella memoriae traditae non sunt, verum quia aliae controversiae, quae ad Novellam hoc vel alio modo respicientes illo tempore undique disputabantur (e. g. de electione et divisione[17]), nec non de alterna duorum reorum fidejussione), accuratissime et copiosissime referuntur, nullam ea aetate de ipsius Novellae materia disceptationem fuisse putamus. Postea Bartolus propter alternam istam fidejussionem novum beneficium Novella dari arbitratus est, tempore autem antecedente, de quo hic agitur, ea quaestio respectu tantum actionis mandati correis inter se tribuendae disputabatur. Quare neque ulla causa adest, cur Doctores laudatos dissensisse suspicemur, nec cujusvis opinionis diversae apud hujus aut posteriorum saeculorum scriptores, quos pervolvi, mentio fit.

Joannes Bassianus[18]) et Azo[19]) opinionem communem expresse profitentur. Quod ad Accursium pertinet, Bartolus[20]) in sua opinione explicanda ad Glossae auctoritatem provocavit, ita ut Accursius eandem sententiam tulisse videretur. Sed tam ea ipsa glossa[21]), qua Bartolus nititur,

---

17) V. § 22. — 18) Summa l. l.

19) Summa in Tit. C. de duo. r. nr. 10.

20) Bartoli a Saxoferrato Opp. T. IV. Comm. in XII libr. Cod. Stud. et op. Jac. Concenatii. Basil. 1562 ad Tit. C. cit. Auth. Hoc ita nr. 28.

21) Gl. Interim ad Nov. 99: »donec appareat eos esse solvendo, qui praesentes sunt.«

aliter excipiatur oportet, quia Accursius, quod ad mutuam illam fidejussionem pertinet, ab Azonis partibus stat[22]), neque, ut hic[23]) Bartolus, cum Martino consentit, quam aliae[24]) quoque Glossae reperiuntur, quibus apparet, discrimen ab Accursio inter beneficium divisionis ex Epistola divi Hadriani profectum et beneficium Nov. 99 statutum non esse.

Opinionem communem et ipse Hugolinus[25]), tum Guilielmus Durantis[26]), Joannes Faber[27]), Cinus Pistoriensis[28]) receperunt. Cinus et Faber et Bartolus[29]) controversiam afferunt, quam de primo Novellae praecepto[30]) Azo, Dinus, Jacobus de Arena cum Glossa, Cino, Jacobo de Belvisio, Jacobo Butrigario, Raynerio de Forlivio habuerunt; utrum

22) Gl. Si quis enim alterna et Gl. Absentes ad Nov. 99. Gl. Intercessionem factam ad L. 17 § ult. ad SC. Vellej. Gl. In solidum ad L. 71 de fidejuss.

23) Bartolus l. l. cfr. nr. 67 sqq.

24) Gl. Cedere et Gl. Non potuit et Gl. Legibus ad Nov. 99. Gl. Ad solutionem ad Auth. Hoc ita C. cit. Gl. Ratio suadet ad L. 38 de admin. tut.

25) Hugolinus l. l. § 357. Gl. cit. ad L. 38 cit.

26) Guil. Durandi Specul. juris. T. Andreae, Baldi rell. theor. illustr. 1572. P. II. L. II. De renunciat. et concl. nr. 17. 18.

27) J. Fabri Comment. in Inst. Justin. Lugd. 1565. fol. 86 ad Pr. J. de duo. r.

28) Comm. in Cod. et aliquot Titt. I. Pand. Tomi ed. Nic. Cisnerus. Frcf. a. M. 1578. Ad Auth. cit. nr. 1. 15.

29) J. Faber l. l. Bartolus l. l. nr. 1. 2. Cinus l. l. nr. 1.

30) In oratione sequenti vocibus »primum« et »secundum praeceptum« ita utemur, ut illud ad decretum Justiniani, ut correi debendi, si in solidum teneri se velle conventioni suae non inseruerint, pro parte conveniri debeant, hoc ad beneficium respiciat, quod correis, si illud expresserint, accommodavit.

solius vocis »in solidum« usu, an aliis similibus verbis aliave promittendi ratione, dummodo voluntas partium evidenter appareat, duo rei recte constituantur[31]), unde sequitur etiam Dinum, Jacobum de Arena cett. in universo opinionem communem suam fecisse. Nam postea[32]) ostendetur eos, qui primum Novellae praeceptum ratum habeant, etiam secundum praeceptum agnoscere debere. — Albericus de Rosciate vero, qui Bartolo aequalis fuit, jam in ejus opinionem divertitur. —

Ut igitur opinio communis inde a Justiniani tempore originem trahit, ita quoque constat, ante Bartolum nec quemquam Glossatorum et Commentatorum ab ea dissensisse immo vero omnes, quorum sententiae exstant, in unam eandemque opinionem convenisse. Ideo, quod saecula quae breviter hic perlustravimus attinet, ea opinio merito dicitur communis. Neque recentiores quidam scriptores juste perhibere videntur, Glossatorum opiniones haud magni momenti esse, quia diversas de nostra constitutione sententias tulerint[33]), aut alias cum nostra quaestiones confuderint[34]). Primus Bartolus ab opinione communi defecit glossa quadam, quam male intellexit, et fidejussione correorum alterna inductus, quam interpretationi suae exstruendae fundamentum jecit[35]).

---

31) Qui scriptores a diversis hujus litis partibus steterint, longum est et superfluum describere, cum et per se nullius momenti sit, et statim post Bartolum paene exoleverit, quamquam pauci nonnulli doctores etiam postea hanc quaestionem denuo instaurarunt.

32) Cfr. § 16. 30. 33 junct. § 10. 14, III.

33) G. Asverus: Spec. inaug. ad Nov. 99. Jenae 1822. p. 7 sqq.

34) Dedekind § 76.

35) V. supra nott. 19. 20.

§ 2.

Usque ad Gregorium Haloandrum.

Bartolus a Saxoferrato, ubi[1]) sententiam suam de Nov. 99 diserte exposuit, correos qualibet ratione dicit constitui posse, modo nulla de voluntate partium dubitatio oriatur, sed quod ad beneficium pertinet, quod iis a Justiniano datum est, beneficium Epistolae divi Hadriani a divisione Novellae omnino discernit. Nam creditor omnes correos simul et quidem unumquemque in solidum, sed protestatione, quod una solutio sufficiat, adjecta convenire, judex autem secundum libellum actionis unumquemque in solidum debet condemnare. Quod si factum est, »in tempore executionis facultatum utriusque excussio« insequitur, ita ut, si uterque solvendo esse reperiatur, executio vera in utrumque pro parte, sin vero alter solvendo non sit, in alterum in solidum aut in residuum dirigi possit. Exceptio divisionis aut statim initio litis opponitur, si creditor unum tantum reum in solidum convenire velit, aut post sententiam, si excussione bonorum alterius omissa desideret, ut alter totam condemnationis summam exsolvat.

Quam Bartoli interpretationem Albericus de Rosciate[2]); Angelus de Ubaldis[3]), Angelus Aretinus[4]), Paulus de Ca-

---

1) Bartolus l. l. nr. 1. 23. 28. Comm. s. Authent. VII. Coll. IX. Tit. nr. 1.

2) Comm. in Codic. Venet. 1586. ad Auth. cit. nr. 2.

3) Lect. in libr. Cod. Venet. 1485 ad L. 2. C. eod. Lect. in Auth. Lugd. 1549. fol. 34. ad Nov. 99. Comm. in Dig. novum. Lugd. 1569 ad L. 11 de duo. r. nr. 2.

4) Comm. s. Inst. II P. c. casib. Francisci de Aretio. E. s. l. e. t. ad Tit. J. de duo. r. Pr. vers. »Duo pluresve« et § 2.

stro[5]), Joannes Petrus de Ferrariis[6]), Nicolaus Belloni[7]) comprobavere, sed opinionem communem retinuerunt Baldus de Ubaldis[8], Bartolomaeus Salicetus[9]), Philippus Decius[10]), Jason a Mayno[11]), Andreas Alciatus[12]), Hippolitus de Marsiliis[13]).

Qui Bartoli sententiam attente excutit, ei elucebit, beneficium Novellae secundum eum scriptorem, quod ad modum procedendi pertinet, propius ad beneficium excussionis, quam ad auxilium Epistolae d. Hadriani accedere, cui tamen effectu simile sit. Ut autem ejus opinionem ab iis, quae §§ sequentibus referendae sunt, accuratius discernamus, annotandum est, opinionem communem ab eo nullatenus refutari, sed quodammodo certioribus finibus circumscribi atque alternam duorum reorum fidejussionem, quam Bartolus in mente habuerit, ad internam nexus correalis naturam spectare, minime vero obligationem esse a correis separatim

5) Comm. s. II P. Dig. n. Lugd. 1564. ad L. 2 de duo. r. nr. 2. ad L. 10 pr. de fidejuss. nr. 1.

6) Practica aurea. Col. 1576. Tit. Forma libelli ca. plures reos debendi. Vers. Quilibet in solidum.

7) Consil. volumen. Frcf. a. M. 1573. Cons. 44.

8) Baldus l. l. nr. 1 sqq. Comment. in IV lib. Instit. Lugd. 1585. ad tit. J. de duo. reis nr. 11. Comment. in I. et II. Dig. novi partes. Lugd. 1585. ad L. 2. de duo. reis nr. 1.

9) Opp. omnia. Frcf. 1615. P. IV. ad Auth. cit. nr. 2.

10) Comm. in Dig. vet. et Cod. aliquot titt. Lugd. 1567. ad L. 1. C. de transact. nr. 8.

11) Comm. in I. P. Cod. Lugd. 1582. fol. 68 ad L. 18. C. de pact. nr. 1.

12) Opp. Basil. 1582. T. III. Comm. in Cod. ad L. 18. C. de pact. nr. 26.

13) Hippol. de Marsiliis Tractat. de fidejussoribus in: Ant. et Joa. Heringiorum Opp. jurid. Col. Agripp. 1724. p. 449.

et expresse contractam, unde factum est, ut Bartolus beneficium excussionis purum non statuerit.

§ 3.
Gregorius Haloander.

Translatio Novellarum Latina, quae Vulgata appellatur, Prooemium Novellae 99 ita reddidit, ut dubitari nequeat, quin constitutio nostra non secus quam Nov. 4 lex sua vi ac potestate constans sit[1]). Ideo scriptoribus hucusque a nobis laudatis quaestio hodie ab omnibus disputata, quemadmodum Nov. 99 et Nov. 4 secundum Prooemium prioris legis inter se conjungendae sint, causa dissentiendi existere non potuit. Verum ipse textus Graecus Novellarum cuivis dubitationi ansam idoneam praebet, qui minus distincte, quam Vulgata alteram constitutionem ab altera segreget; et is, qui obiter tantum verba Graeca Prooemii inspicit, facillime inducitur, ut Novellam 4 nostra constitutione ad alios debitores extensam esse sentiat, vel, ut verbo tritissimo utamur, Novellam 99 expolitionem et »appendicem« Nov. 4 esse. Quod si quis accipiat, negare eum oportet, Novellam 99 ex opinione communi recte explicari, quia excussio nonnisi inter reum principalem ejusque adpromissores, et nullo modo inter duos reos promittendi locum habere possit.

Quid mirum, quod Gregorius Haloander, qui textum illum Novellarum invenerit, quum opinionem communem omnimodo spreverit, tum novam[2]) ipse de nostra Novella

---

[1]) V. § 20.

[2]) Suspicamur Haloandrum Basilic. libr. XXVI. tit. II. inscriptione quoque et collocatione Novellae 99 ibi facta ad sententiam suam ad-

sententiam professus sit? Cujus opinionis, quae hodie Savignium propugnatorem omnium praeclarissimum habet, apud nostri temporis homines Donellus plerumque auctor nominatur[3]), nec quemquam post Friedericum Schragium[4]) scriptorum inspexi, qui verum auctorem noverit.

De sententia Haloandri, quae translatione[5]) Novellarum, quae simul cum Novellarum Graecarum editione suscepta est, continetur, ambigi potest, sed persuasum mihi habeo, rectum me ejus intellectum percepisse. Quod ni me fefellit, sententia Haloandrina haec est:

Postquam inscriptionem Novellae »*Περὶ ἀλληλεγγύων*« »De duobus reis, qui vice mutua fidejussores accepti sunt« transtulit, paullo post vocem »*ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους*« verbis »mutua vice fidejussores« reddidit, ita ut interpres noster subtilissimus discrimine verborum discrimen quoque rerum significasse videatur. Ac pro certo habeo Haloandrum versione *tituli*, quae praeter fidejussionem mutuam obligationem correorum principalem exprimat, secundum praeceptum, quod praecipua Novellae materia sit, indicasse, translatione vocis »*ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους*« autem eam notionem proposuisse, quam principium ac fundamentum Novellae interpretandae existimarit. Quod principium si recte cognovimus, Haloandro haec placuisse censemus: Qui

---

ductum esse. V. § 28. Cfr. Biener, Geschichte der Nov. Justin. Berl. 1824. p. 136.

[3]) Dedekind p. 172. 173 eam opinionem Ronchegallo adscripsit. Sed cf. § 4.

[4]) Fr. Schragius Diss. *περὶ τῶν ἀλληλεγγύων* seu de fidejussion. corr. deb. mut. Argent. 1669. p. 3. 16.

[5]) Nov. Const. Dni. Justin. Volumen. Gr. Haloandro interpr. Lugd. 1551. p. 650 sq. Vide Appendicem.

vice mutua fidejussores sibi sunt facti, quorum debitum commune esse Justinianus Nov. 99. Cap. I Pr. in fine commemorat, eos propter naturam fidejussionis mutuae principaliter obligatos esse oportet et debitum, ex quo obligati sunt, communiter contraxerint. Itaque si stipulationi vel conventioni vocem »in solidum« non adjecerint, Imperator constituit, ut omnes ex aequo actionem sustinere debeant (»sustinento«). Nam uti plures, qui non in solidum se obligant, ex debito communi pro parte virili tenentur, ita quoque tamquam fidejussores mutui pro partibus obligabuntur et sic beneficium excussionis opponentes id efficient, ut »ex aequo actionem sustineant.« — Sin vero tale quid adjectum sit, omnes quum tamquam rei principales, tum quasi fidejussores mutui in solidum teneri debent, creditori vero quemlibet in solidum eligere non licet, sed omnes qui praesentes sunt simul convenire debet, quo judex inquirere possit, utrum omnes, an qui et quatenus solvendo sint. Si omnes examinatione facta solvendo sint, tum judex totum inter eos debitum pro aequis portionibus per sententiam distribuet; si non omnes, ii qui solvendo sunt in id quoque, quod minus parte virili creditor a pauperibus ceteris consecuturus sit, et quidem rursus pro aequis partibus condemnandi sunt. Sic judex secundum inquisitionem facultatum habitam pronunciare debet[6]), quanta debiti pars ab unoquoque solvenda sit. — Quae cum ita sint, apparet primum Novellae praeceptum revera praeceptum non novum esse et inde factum esse,

---

[6]) Haloander etiamsi »Ita enim et rei omnes in disquisitionem vocabuntur« scripsit, modo, quo usus erat, mutato significat se non Bartolum assectari.

ut Haloander praeceptum secundum tantum inscriptione Novellae expresserit.

§ 4.

Franciscus Balduinus. Joannes Ronchegallus. Hugo Donellus.

Tum primus post Haloandrum, ut videtur, Franciscus Balduinus[1]) hanc novam sententiam tulit: Opinioni communi jus vetus de duobus reis non temere evertendum conturbandumque esse opponit, et Haloandrum reprehendit, qui inscriptionem Novellae »De duobus cett.« verterit. Nam etiamsi pro ea translatione afferri possit, Papinianum L. 11. pr. de duo reis illorum debitorum totidem verbis meminisse, tamen »neque vis verbi Graeci, ait, ad eos proprie pertinet, neque juris ratio, quae est in d. L. 11., hoc patitur. . . . Neque facile locum illum a Justiniano corrigi per illam Nov. 99 nunc dixerim. . . . Existimarem potius »ἀλληλεγγύους« esse et appellari, qui duobus modis fidejussores sunt: hoc est, ubi duo fidejusserunt pro uno aliquo reo debendi et rursus invicem alter pro altero fidejubeat. Nam et fidejussorum fidejussores accipi possunt.« Tum beneficium Novellae describens adjicit: illos, etsi se expressim obligarint singuli in solidum, tamen non nisi pro parte singulos teneri: et pro parte tantum unum conveniri, si alter praesens et solvendo sit. Videtur autem tunc inter eos obligationem ipso jure dividere. Sed satis superque esse videtur, si iis tribuat exceptionem, qualem

[1]) Justinianus s. de jure novo Comm. libr. IV. Praef. Gundling. Hal. et Lips. 1728. Lib. IV. C. IV. p. 403. 404. (In Jurisprud. Rom. et Att. Lugd. Bat. 1738. col. 1211). Cfr. Schragius p. 3.

antea fidejussoribus pluribus simpliciter acceptis concesserat Epistola Adriani.«

Paene eodem tempore, quo Fr. Balduinus, Joannes Ronchegallus[2]) »novo ac diverso modo se nodum extricaturum« pollicitus est, quam solutionem nunc inspiciemus. Inscriptione Graeca verbis »mutuis fidejussoribus« Latine reddita »vim omnem Constitutionis ait in eo residere, ut sit alterna fidejussio,« cujus diversae species sint, »quae mixturam quandam sapiunt et erant omissae in Constit. de fidejussoribus Nov. 4.« Quales has affert:

1. »quia simul et rei debendi et fidejussores mutuo pro eadem quantitate reperiantur;«
2. »ubi essent plures pro partibus virilibus alicujus summae obligati simul, indeque fidejussionis stipulatio invicem interposita esset, ita ut unusquisque pro aliis et contra fidejussores existerent;«
3. »quando plures fuissent fidejussores pro alterius obligatione, qui praeterea alterna vice se invicem fidejussorio nomine obstrinxissent.«

In iis casibus debitoribus denominatis per Nov. 99 beneficium excussionis accommodari contendit, quia fidejussores sint, et beneficium Novellae 99 effectu inspecto pro beneficio excussionis habendum sit. — Quae cum ita sint, Ronchegallus ab Adolpho Dedekindio[3]) adversus recentiores[4]) quosdam non immerito defenditur, qui rursus tamen Ronchegallum opinionis, quam Donellianam dicit, inventorem ratus laudem nimis magnam in eum scriptorem

---

[2]) Tractat. de duo. reis constit. Marp. Cattor. 1622. Ad L. 3. § 1 h. t. nr. 101 sqq.

[3]) Dedekind § 87. 89.

[4]) Cfr. Dedekind § 87. not. 2. Asverus p. 13 sqq.

contulit. Etiamsi longe absum, ut eundem Ronchegallum plagiarium nequissimum arguerem, tamen casus, quos proposuit, ab Haloandro et Balduino descriptos esse ostendam. Quod casum tertium attinet, satis apparet, eum ad Fr. Balduinum pertinere, cum Tractatus Ronchegallicus primum[5]) anno 1558 Venetiis typis excusus sit, dum Fr. Balduini »Justinianus« jam anno 1550[6]) editus est. Longe antea autem Novellarum interpretatio, quam Haloander confecit, cum textu Novellarum Graeco in lucem prodiit[7]) atque mox inter omnes populos pernotuit, ita ut et ipsi Ronchegallo latere[8]) non potuerit, qui potius ex ea casum primum et secundum sumsisse videtur. Nam quod ad primum respicit, neque ulla disceptatio esse potest, eum ad Haloandrum referendum esse, qui ipsa in fronte tituli Novellae illum demonstraverit. Nec, quod secundum attinet, dubito Haloandrum auctorem laudare. Ambo enim in notione *ἀλληλεγγύως ὑπευθύνων* convenere et Haloander non secus ac Ronchegallus eos principaliter pro partibus virilibus teneri arbitratus sit oportet, cum, si debitum omnibus commune neque ad quemque in solidum pertinere expressum est, viriles partes intelligantur. Itaque casus, qui secundum Haloandrum primo Novellae decreto deciditur, ejusdem naturae est, quam qui secundum Ronche-

---

[5]) Ribbentrop: Zur Lehre von den Correalobligat. Götting. 1831. p. 2. not. 4.

[6]) Cfr. Heineccius: Opp. T. III. Genev. 1748. Syll. III. p. 295. Schragius p. 3.

[7]) E. Spangenberg: Einleit. in d. Röm. Justin. Rechtsb. cett. Hannover 1817. p. 478.

[8]) Editio Novellarum a Scrimgerio curata, Spangenbergio l. l. teste, eodem anno typis excusa est, quo Tractatus Ronchegalli.

gallum cum ceteris duobus Novella continetur, nec discrimen ullum inter eos adest. Ea autem differentia inter eosdem intercedit, quod apud Haloandrum diversas legis propositiones diversae quoque legislatoris dispositiones sequuntur, Ronchegallus autem casibus dissimillimis idem semper Imperatoris decretum valere arbitratus est. »Mixtura« sane et confusio, quae magis dementis est, quam jurisperitum decet!

Ad Donellum tum accedimus, cujus de opinione magnae contentiones inter scriptores nostri temporis ortae sunt. Asverus[9]), Burchardi[10]), Heimbach[11]), Savigny[12]) omnes nomen Donelli sibi petunt, contra quos Dedekind[13]) asserit, opinionem Donellianam veram a nemine eorum perceptam esse. Quorum in causa ne ulla quidem ratio Burchardium adjuvat, sed etiam quod ad ceteros pertinet res ita se habet, ut Donellus Haloandri quidem opionem defensurus sed ea accurate non perspecta ad aliam atque novam sententiam pervenerit, quam Dedekind recte intellexit. Tamen cum Dedekind neque naturam beneficii a Donello accepti, neque quomodo partes opinionis inter se cohaereant, descripserit, non est superfluum eam diligentius et copiosius hic explicare.

---

9) Asverus p. 14.

10) Archiv f. civil. Praxis. Bd. XIX. p. 49. 52.

11) Zeitschr. f. Civ. R. u. P. Bd. XVI. p. 66.

12) Obligationen-Recht. 1. Bd. Berl. 1851. p. 282. not. *k*.

13) Dedekind § 89. Et ipse Ludovicus Rückert: Princip. juris de exceptione, quam vocant, divisionis. Gotting. 1852. p. 325 sqq. quod ad primum Novellae praeceptum respicit, Dedekindio assensit, quod vero secundum attinet, Donellum contendit correos vice mutua fidejussores juxta d. L. 11 pr. accepisse.

Donellus[14]) inscriptionem Novellae »De mutuis fidejussoribus« reddidit et tum pergit: »Id autem est de duobus pluribusve, qui vice mutua inter se fidejussores accepti sunt. Quod Haloander recte intelligens vertit, non simpliciter: »De duobus reis« — sed periphrasi exprimere volens, quod erat in verbo: »De duobus reis, qui vice mutua fidejussores accepti sunt.«« Idem auctori Vulgatae (»Si quis alterna fidejussione obligatos sumat aliquos«) probatum fuisse Donellus putat, etiamsi vetus ille interpres id non constanter tenuerit.

Quae si perpendimus, clarissime elucet, Donellum *ἀλληλεγγ. ὑπευθ.* cum Haloandro pro vice mutua fidejussoribus habuisse, verum non intellexisse, eundem scriptorem versione inscriptionis non tantum vocem illam ancipitem »periphrasi exprimere«, sed praecipuum constitutionis argumentum ante oculos ponere voluisse, ita ut correos debendi praeter obligationem principalem obligationem accessoriam in se suscepisse declararet. Cujus rei memores satis comprehendemus, quid sibi Donellus voluerit scribendo:

> »Loquitur ergo constitutio . . de duobus pluribusve[15]) fidejussoribus mutuo inter se acceptis: aut si reos appellare lubet, de reis quidem, sed qui aperte ita accepti sint, ut vice mutua alii aliorum essent fidejussores.«

Quae vox »de reis quidem« non ita est excipienda quasi Donellus Haloandrum sequatur, sed verbum »reus«

[14]) Donelli Comm. absolut. ad II, III rell. libros Cod. Justin. Frcf. 1599. Cap. XIII. nr. 3 sqq.

[15]) Scil. personis tamquam cett. cfr. not. 14 »de duobus pluribusve, qui cett.«

opinioni communi, quam paullo antea (»Loquitur ergo constitutio non de duobus reis«) rejecit, concedere voluit. Quae interpretatio vocabulo »aperte« corroboratur, quo apertam fidejussionem suorum reorum obvelatae fidejussioni correorum debendi alternae opposuit. — Tum hoc exemplo Donellus verum suae opinionis sensum demonstrat:

> »Quod ita fit in duobus, quum unus primo et principaliter promittens aperte fidejussorem dat, sed et fidejussor rursum sic accipitur, ut reus, qui prius promiserat, pro eo fidejubeat.«

Unde sequitur duas pluresve personas secundum Donellum taliter vice mutua fidejubere, ut stipulanti creditori **alternatim**, alter post alterum, promittant[16]), ad quod Donellus tam verbis Vulgatae »alterna fidejussione obligatos«, quam Haloandri translatione (vocis *ἀλληλεγγ. δανεισθέν*) »quod sub alternante fidejussione creditum est« inductus esse videtur. — Ceteras opinionis suae partes his ita continuavit.

Justinianus eos alterna fidejussione obligatos non pro duobus reis habuit, sed ea eorum conditio est, ut uterque tam reus principalis, quam pro eodem debito fidejussor alterius sit. Jam inde difficultas nascitur, quod uterque tamquam reus in solidum conveniri potest, et quoniam

---

16) Praeterea Donellus minus caute, sed non falso voces quasdam adhibuit, quibus Asverus aliique commoti esse videntur, ut eum de correis vice mutua fidejussoribus cogitasse putarent: utputa nr. 3. »aut si *reos* appellare lubet«, nr. 4. »quod in *duobus reis,* qui *vice mutua fidejussores accepti* sunt, proponitur ea species cett.«, nr. 5. »Nam cum hic *duo rei* accepti sint, quorum uterque pro altero fidejusserit«, nr. 6. »Et certe hoc quaereretur, si aut *duo rei* tantum essent cett.« — cfr. Toullieu Collectanea. Groningae 1737. p. 454.

rursus fidejussor est, ob beneficium Nov. 4 in solidum exigi nequit. Quam difficultatem Imperator ita tollit, ut ambo, quia rei sint, eodem tempore, et quia uterque fidejussor sit, non in solidum, sed dumtaxat pro parte exigantur. Quod sine exceptione constituit, si illi unumquemque in solidum teneri pacti non sint, quod si inter partes convenerit, sub hac conditione idem valet, quod uterque solvendo et praesens sit.

Beneficium[17]) Novellae Donellus, *Bartolum* sequutus, ita describit: »Vult enim ambos reos simul de universa summa conveniri, . . rem communiter disceptari, utrumque in commune condemnari. Sic deinde in exsecutione sententiae discuti singulorum facultates pro ea parte, in quam vult eos teneri. . . Si unius (sc. bona) non sufficient, quantum deerit ad praestationem partis, — actione judicati ab altero consequetur.«

Ea Donello vere placuerunt et superest, ut, quam ipse[18]) rationem legis professsus est, afferamus. Mutua fidejussione dicit declarari, »rem, pro qua isti se obligaverint, in commune ad utrumque pertinuisse, eosque se in ea ut in re communi obligasse: proinde et pro parte. Ubi enim duo in commune obligantur, dividitur inter eos obligatio in partes viriles eoque nec duo rei fiunt L. 11. § 2 de duo. reis.« — Quam rationem Donellus non tantum in eum finem attulisse videtur, ut praeceptum, debitores pro parte virili conveniendos esse, justum redderet, sed etiam ut indicaret, quare conjunctim conveniri deberent.

Postremum supersedendum non est, eundem Donellum

---

[17]) Donellus l. l. nr. 8.

[18]) Donellus nr. 5.

alio loco[19]) paullo post ad opinionem communem se vertisse.

Itaque Graeco Novellarum textu reperto opiniones novae Haloandri, Fr. Balduini, Donelli ad priores accesserunt. Quae omnes quomodo inter jurisperitos scholarum variarum pervulgatae sint, §§ sequentibus ostendemus, sed antea admonemus, ne quis credat, opinionem Haloandri a quoquam scriptore ad auctorem verum referri. Immo vero, cum opinionem Haloandrinam argumentis Donellianis defendere solerent, scriptores temporis insequentis perpaucis exceptis eo pervenerunt, ut Donellum opinionis Haloandrinae auctorem laudaverint, ipsius autem Donelli sententiam plane neglexerint.

§ 5.
Scriptores Franco-Gallici, Italici, Hispani nec non Batavi.

Praeter Donellum et Balduinum neminem e numero auctorum Franco-Gallicorum pervolvi aut apud alios allegatum legi, qui contra auctoritatem opinionis communis surrexerit. Immo vero Eguinarius Baro[1]), Petrus Stella Aurelius[2]), Franciscus Jametius[3]), Connanus[4]), Duarenus[5]),

[19]) Donellus l. l. ad L. 3. C. de fidej. nr. 1.

[1]) Instit. seu Element. Justin. lib. IV. Lutet. 1562. p. 268 sqq.

[2]) Repetitiones. Aurel. s. t. p. 144. Disp., qua inquiritur, an et quando creditor ab uno ex correis celt. I. Concl. I. Decl.

[3]) Comment. in aliquot Lgg. et §§. Tit. D. de fidej. et mand. Paris. 1551. in L. 71 eod.

[4]) Comm. jur. civ. Basil. 1662. Lib. VI. C. V. 17.

[5]) V. Asverus p. 11. not. 10.

Cujacius[6]), Antonius Faber[7]), Dionysius Gothofredus[8]), Janus a Costa[9]) opinionem communem aspernati non sunt. Quod aeque ad Pothierium[10]) valet, qui quidem ab illis tempore multum distet. Nam quod Pothier primum Novellae praeceptum cum opinione communi statuit, id ipsum documentum satis idoneum est, ut eum inter fautores ejus opinionis habeamus.

Inter doctores, qui ex Italis et Hispanis fuere, perpauci tantum Novellae materiam aggressi sunt. Quorum e numero Julius Pacius a Beriga[11]), Nicolaus Belloni Casalensis[12]), Antonius Gometzius[13]) opinioni vetustissimae confirmandae operam dederunt, Antonius Perezius[14]) autem interpretationem Haloandri comprobavit. Qui scriptor, etsi Lovanii artem juridicam professus sit, natione tamen Hispanus fuit.

---

6) Opp. omnia. Op. H. Fabroti. Lut. Paris. 1658. Opp. post. T. I. P. I. ad L. 2 de quib. re. ad eund. judic. sub lit. E. — ad L. 38 de admin. tut. col. 327. — P. II. ad L. 51. § 1 de fidejuss. col. 138. — ad L. 11 pr. de duo. reis col. 508. — T. II. ad Nov. 99. p. 544. — T. V. ad L. 18 C. de pactis col. 102. — ad Tit. C. de duo. reis col. 1323. Uno tamen loco Cujacius Haloandrum secutus est: Opp. pr. T. I. col. 196. not. 3 in § 1 J. de duo. reis.

7) Ant. Faber: Conject. jur. civ. Lugd. Bat. 1605. Lib. XI. c. IV.

8) Corp. juris civil. in IV P. distinct. Dionysio Gothofredo auct. Frcf. a. M. 1663. ad Nov. 99. not. *h*.

9) Janus a Costa ad Inscr. tit. J. de duo. reis. Sic allegatus est a F. E. a Pufendorf Observatt. jur. civ. Hannov. 1780. T. II. O. 77. § V.

10) Pand. Justin. Paris. et Carnuti 1752. L. XLV, 2. § 15. — Cfr. § 30.

11) Opp. theor. jur. utriusque. Lugd. 1617. T. VI. Anal. Cod. Lib. VIII, 40. n. 3. 5.

12) Consil. Volumen. Frcf. a. M. 1573. Cons. 44.

13) Comm. et variae resol. jur. civ. Just. resp. Frcf. 1597. T. II, 12, 2.

14) Praelect. in XII lib. Cod. Antverp. 1720. Tit. C. de duo. reis nr. 16.

Quod ad Belgicos doctores pertinet, plures inter eos, quam inter ceterarum gentium jurisperitos Haloander propugnatores et assectatores nactus est. Henricus quidem Agylaeus[15]), Gudelinus[16]), Arn. Vinnius[17]), Al. Arn. Pagenstecher[18]) opinionem communem ratam habuerunt, Joach. Hopper[19]) autem, Timaeus Faber[20]), Joannes Voetius[21]), Ulricus Huber[22]), nec non Petrus de Toullieu[23]) ad opinionem Haloandrinam accesserunt.

§ 6.

Scriptores Germanici usque ad Gustavum Asverum.

Insequitur familia juris doctorum, quibus Germania patria fuit, inter quos novae Haloandri, Balduini, Donelli

---

15) Lib. singul. ad ea, quae in Novell. Justin. cett. p. 97 (in Zepernickii Delect. scriptor. Nov. illustr. Halae 1783).

16) Comment. de jure noviss. libr. IV. Antverp. 1724. Lib. III, I, 21. Lib. IV, VII, 29.

17) In IV libr. Inst. Comm. Norimb. 1726. Lib. III, 17, § 1.

18) Irnerius injuria vapulans. Groning. 1702. Coit. VII. § 4.

19) Πειθάνων lib. V. Colon. 1563. Lib. II. p. 60. Cfr. Asverus l. l. p. 13. not. 25, et Manzius: Comm. in Inst. IV libr. Norimb. 1617. Libr. III, 17. nr. 11—13.

20) Annivers. disputat. ad IV libr. Inst. Lips. 1694. D. XXIII, 4. C. — Timaeus Faber aliique, qui ob usum forensem tantum correis beneficium divisionis tribuunt, cum hic de interpretanda Novella agatur, adversariis adnumerentur oportet.

21) Comment. ad Pand. Hagae Comit. 1731. Lib. XLV, 2, nr. 4.

22) Praelect. jur. civil. Lips. 1707. P. I. Tit. J. de duo. reis p. 277. P. II. Tit. D. cit. p. 435. Quem auctorem secundum Asverum p. 17. not. 43 allegavi.

23) Toullieu l. l. vide § 4. not. 16.

sententiae neque celeriter neque multum pervulgatae sunt. Joannes Sichardus[1]) opinionem communem eamque, quemadmodum Bartolus Novellam interpretatus est, Jo. Ferrarius[2]), Schneidevinus[3]), Gailius[4]), Mynsingerus[5]), Colerus[6]), Matth. Wesembeccius[7]), Hubertus Giphanius[8]), Joannes Zanger[9]), quibus secundum Asverum[10]) Mozzius et Bertazolius adjiciendi sunt, tum Antonius Heringius[11]), Goeddaeus[12]), Rittershusius[13]), Matth. Stephanus[14]), Hunnius[15]), Reinh. Bachovius Echtius[16]), Berlichius[17]), Wurm-

---

1) Dictat. et Prael. in Cod. Just. Frcf. 1613. T. I. ad L. 2. C. de duo. r. nr. 5. 10. 12.

2) Jo. Ferrarii Montani: In IV Inst. lib. annotat. Lugd. 1554 (?) p. 312. 321.

3) In IV Inst. libr. Comment. Argentor. 1610. Lib. III, 17. § 1. nr. 2.

4) Practic. Observ. lib. II. Col. Agripp. 1661. L. II. O. 14. nr. 5. Non satis percepi, utrum opinionem communem puram, an potius opinionem Bartoli comprobaverit.

5) J. Mynsingeri a Frundeck Apotelesma. Basil. 1576. ad § 1. J. de duo. reis nr. 4. 5.

6) Tract. de proc. execut. Jenae 1586. P. I. C. 10. nr. 410. 411.

7) In Pand. jur. civ. et Cod. Justin. Comm. Frcf. 1619. Tit. D. de duo. reis nr. 7. p. 845.

8) In IV lib. Inst. Comm. absol. Argentor. 1611. Tit. D. cit. Vers. Si post omnium.

9) Tract. de exception. Frcf. 1617. P. III. C. 19. nr. 14 sqq.

10) Cfr. Asverus p. 12. not. 18, 22.

11) Tract. de fidejuss. Frcf. 1606. Cap. IV. nr. 3 sqq.

12) Comm. de contrah. et committ. stipulat. Herbonae Nassov. 1618. Cap. IX. nr. 131—133.

13) Comm. nov. in IV libr. Inst. Argentor. 1649. ad § 1. J. de duo. reis — Jus Justin. ibid. 1629. Cap. VI. nr. 7. 11.

14) Comm. ad Novell. Gryphisw. 1630. ad Nov. 99. Cfr. Asverus l. l. p. 15. not. 36.

15) H. U. Hunnius: Coll. Inst. Justin. Disput. Giessae 1609. D. 15. nr. 10.

ser[18]), Beñ. Carpzovius[19]), Hahnius[20]), Mevius[21]), Brunnemannus[22]), Christ. Phil. Richterus[23]), Lauterbachius[24]), Struvius[25]), Schilterus[26]), Stryckius[27]), Muellerus[28]), Mollenbeckius[29]), de Berger[30]), J. B. de Wernher[31]), Cocceji[32]),

16) Not. et animadvers. ad vol. poster. Disp. Hier. Treutleri. Heidelb. 1619. Vol. II. Disp. 27. 5. lit. E.

17) Conclusiones practicabiles. P. I. Concl. 79. nr. 54.

18) Pract. Observ. Lib. I. Tit. XXVIII. Obs. 11. nr. 7 (in B. Wurmseri et H. Hartmanni Pract. Observ. Frcf. 1658).

19) Jurisprud. for. Rom. Saxon. Auct. B. Carpzovio. Lips. 1663. P. II. Const. XVII. Def. 13. nr. 5.

20) Observ. theor. pract. ad M. Wesembeckii cett. Helmstadii 1661. P. post. ad Tit. D. de duo. reis nr. 7.

21) Dav. Mevii Decisiones. Frcf. a. M. 1740. P. VI. D. 297. P. III. D. 4. P. V. D. 42. not. 8.

22) Comm. in Cod. Justin. Lips. 1712. ad L. 2. C. de duo. reis nr. 10. 12. ad L. 6. C. eod. nr. 3.

23) Expos. omn. Authent. Jenae 1661. Ad Auth. Hoc ita C. eod. nr. 3. 48 sqq.

24) Disput. Academ. Vol. II. D. 14. Th. 20 sqq.

25) G. A. Struvii Syntagma jur. civ. c. addit. P. Muelleri. Frcf. et Lips. 1701. Lib. XLV, 2, nr. 27.

26) Jo. Schilteri Prax. jur. Rom. in foro Germ. Ed. Thomasius. Frcf. 1733. Ex. 48. §. 14. nr. 1. coll. ib. § 15.

27) S. Stryckii Usus mod. Pand. Cont. IV. a lib. D. XXXIX cett. Ed. III. per J. S. Stryckium cur. Hal. Magdeb. 1717. Lib. 45, 2, § 1. C. 5. — Different. jur. vet. noviss. cett. Magdeb. 1712. Dec. VI. Diff. 9.

28) Muellerus ad Struvii Syntagma l. l. not. 8. Cfr. not. 25.

29) Theses juris civ. sive succincta cett. cur. J. H. Mollenbeckio. Lemgov. 1717. Lib. XLV. 2. Cfr. Asverus p. 18. not. 56.

30) Resolut. leg. obstant. Vitemb. 1699. Lib. D. 45, 2. Qu. 1. 6. 7.

31) Select. obss. for. Vitemb. 1720. P. VI. Obs. 372.

32) S. de Cocceji: Jus civ. controv. Frcf. et Lips. 1753. P. II. Q. 1. 9.

Leyserus[33]), J. U. L. B. de Cramer[34]), Fried. Behmer[35]), J. L. Schmidius[36]), et inter Dissertationum auctores Vincenti Schmuckius[37]), Fr. Francisci[38]), Pezelius[39]), Theodorus Mohr[40]), Lucas Koch[41]), Hummel[42]), Joan. Dav. Viel[43]), Paulus Nitzius[44]), Alexander Koch[45]), J. G. L. Heppe[46]), T. Brandenburg[47]) opinionem communem et quidem puram agnoverunt. — Haloandri opinionem primus Hieronymus Treutlerus[48]) defendit, tum Riemerus[49]), Hilliger[50]), Frantz-

33) A. Leyseri Medit. ad Pand. Lips. et Guelf. 1744. T. II. Sp. 112. M. 1. — T. V. Sp. 522. M. 2.

34) Observv. jur. univ. Wetzlariae 1761. T. II. P. I. Obs. 439. p. 3.

35) Nov. jus controv. Lemgov. 1771. Lib. I. Obs. 18. p. 224. 225.

36) Lib. singul. de fidejuss. plane non oblig. Jenae 1763. § 240. not. *h*.

37) De duobus reis. Lips. 1626. Th. 38.

38) Disp. juridica de fidejuss. Lips. 1626. Th. 14. a.

39) Diss. leg. de fidejuss. Basil. 1650. Th. 62.

40) Th. Mohr (praes. Joanne Thomae) Diss. jurid. de duo. reis. Jenae 1652. P. 8. nr. 1. 3 sqq.

41) L. Koch (pr. Lauterbachio) Disp. jur. de benef. excuss. Tubing. 1653. Th. 25.

42) Diatribe jur. de divis. except. Jen. 1659. Th. 8. 9. 81.

43) Viel (pr. Chunone) Diss. jur. de fidejuss. Heidelb. 1656. Th. 31.

44) P. Nitzius (pr. Falcknero) Select. Nov. Just. Jen. 1659. Sect. IV. nr. 34.

45) A. Koch (pr. Eichelio) Diss. jur. de fidejuss. Helmst. 1663. Th. 23.

46) Diss. jur. inaug. de variis fidejuss. differ. cett. Giess. Cattor. 1700. Sect. I. § 6. Sect. VI. § 1—4.

47) T. Brandenburg (pr. Beckero) Diss. de nat. ac indole corr. oblig. cett. Rostochii 1759. § 12 sqq.

48) Disput. ad jus civ. Just. Auct. Hunnio. Frcf. 1620. Vol. III. Disp. 27. Th. 9. Qu. 54. p. 163. 164.

49) Val. Riemeri Decades XV Quaest. Jenae 1617. Dec. X. nr. 7.

50) Donellus enucleatus auct. Osw. Hilligero. P. prior. Jenae 1610. L. 16. C. 25. not. *g*. V. Asverum p. 17. not. 53.

kius[51]), Wissenbachius[52]), J. G. Heineccius[53]), Hombergkius[54]), G. O. Westenbergius[55]), Luederus Menckenius[56]) et Dissertationum auctores H. a Friesen[57]), Joa. ab Hakkelshoven[58]), J. C. Heervagen[59]), Friedericus Schragius[60]), T. A. de Poelsum[61]) eandem opinionem secuti sunt. — Quorum omnium enumeratio in tantum proficit, ut opinioni communi etiam post textum Novellae Graecum repertum et sententias novas propositas longe plurimos scriptores ostendamus non defuisse, quamvis illae illustrissimorum doctorum nominum et praesidio et quodammodo commendatione praeditae fuerint. In ipsam de Novella quaestionem autem neque ab his neque a scriptoribus antecedenti §pho laudatis novi quid collatum est, sed argumenta a

51) G. Frantzkii Exerc. jurid. Jenae 1623. Ex. 10. Qu. 3. nr. 3 sqq.

52) J. J. Wissenbachii Exercit. ad lib. I. D. comm. Lips. 1673. Disp. 26. Tit. de duo. reis nr. 26, quem scriptorem Asverus p. 17. not. 51 allegavit.

53) Opp. T. V. El. jur. civ. sec. ord. Pand. Lib. 45, 2.

54) Videsis Corp. jur. civ. ed. fratr. Kriegelii, Hermannus, Osenbrüggen. Nov. 99.

55) Opp. omnia jurid. T. II. Hannov. et Lüneb. 1746. Lib. D. 45, 2. § 11.

56) G. L. Mencken: De Nov. gloss. et non gl. auctorit. § 12. (Vide Zepernickium l. l. p. 326.) Opinionem communem sequitur in Gymnas. polem. juris. Lips. 1708. p. 246. § 6. 7.

57) H. a Friesen (pr. Setsero) Disp. de ampliss. et util. mat. fidejussorum. Jenae 1598. Th. 64.

58) J. ab Hackelshoven (pr. Arumaeo) De duo. reis constit. Jen. 1615. Th. V, *a.* Th. IX, *d.*

59) J. C. Heerwagen (pr. Frommann) Disp. inaug. de corr. oblig. Tubing. 1677. p. 25. 36 sqq.

60) Schragius l. l. p. 19.

61) Diss. jur. de correis stipul. et promitt. Traj. ad Rh. 1709. p. 31.

Cujacio et Donello jam adhibita repetuntur, quibus nonnulli regulas tritissimas ex arte logica desumtas imprudenter annexuerunt. Qua vituperatione tamen Friedericus Schragius excipiatur oportet, cujus dissertationem saepissime a nobis allegatam summa laude dignam habemus, quam vero ne uni quidem scriptori seriori novimus cognitam fuisse. Cui laudi causam sufficientem hanc esse arbitror, quod jam a Schragio ea Prooemii explicatio suscepta est, quae inter nostri temporis doctores plerumque Gustavo Asvero adscribitur, revera autem ad ipsum Haloandrum[62]) pertinet, si ad primum revertaris auctorem.

Postea opinioni communi Friedericus Esaias a Pufendorf[63]) defensor omnium praestantissimus exstitit, qui Bartolum secutus tam de voce ἀλλ. ὑπ. accuratissime inquisivit, quam primi et secundi Novellae praecepti inter se perpetuitatem elegantissime explicavit. Tum C. F. Walch[64]), Hoepfner[65]), Weber[66]), Glück[67]), Dabelow[68]), J. L. Schmidt[69]), Thibaut[70]), Schweppe[71]), Zimmern[72]), quibus cum Asvero

[62]) Cfr. § 20.

[63]) Pufendorf l. l. § V. VI.

[64]) Introd. in controv. jur. civ. Jenae 1791. S. III. C. IV. M. II. S. I. § 8.

[65]) Comm. über d. Heineccischen Instit. 7. Aufl. c. Weber. Frkf. a. M. 1803. § 814.

[66]) Weber ad Hoepfnerum l. l. not. *.

[67]) Ausf. Erläut. d. Pand. Bd. 4. Erlang. 1796. p. 524 sqq.

[68]) Handb. d. Pand. Rechts. Halle 1816. Th. I. p. 465 sqq.

[69]) Pract. Lehrb. v. gerichtl. Klagen und Einreden ed. Weber. 1823. § 840. nr. III.

[70]) Syst. d. Pand. Rechts. 8. Aufl. Jena 1834. Bd. I. § 138. — Sed vdr. Dedekind l. l. p. 179. not. 4.

[71]) Das Röm. Priv. Recht in seiner Anwend. cett. Altona 1819. Bd. II. § 374.

Overbeckii[73]) fratres, cum Dedekindio G. Ph. de Buelow[74]), addendi sunt, opinionem communem, contra Leisner[75]), Hofacker[76]), Guenther[77]) opinionem Haloandrinam ceteris praeposuerunt.

§ 7.

Asverus. Ribbentrop. de Schroeter.

Controversia nostra post Pufendorfium per longum tempus paene omnino conquievit. Quod tempore recentiori ferventissime iterum exarsit, id eo effectum esse arbitror, quod, postquam Georgius Julius Ribbentrop[1]) discrimen, quo obligationes mere correales a ceteris obligationibus solidariis distant, sagacissime et elegantissime ante oculos posuit, universae huic materiae jurisperiti nostri studium diligentissimum impenderunt. Magnopere enim interest ex-

---

[72]) Römischrechtliche Untersuchungen von Neustetel u. Zimmern. Bd. I. Heidelb. 1821. p. 274.

[73]) Medit. über versch. Rechtsmaterien v. zwei Rechtsgel. Hildesheim 1789. Bd. III. M. 135. Cfr. Asverus p. 18. not. 59.

[74]) Abhandl. über einz. Mater. des röm. bürg. Rechts. T. II. Braunschw. 1818. p. 153. not. 1. p. 175. not. 14. Cfr. Dedekind p. 174. not. 2.

[75]) A. Leisnerus (pr. Zollero) Exerc. jurid. civ. de benef. divis. corr. deb. non tributo. Lips. 1772. p. 5. Quam quidem dissertationem ipse semel et obiter tantum inspexi, nec postea eam nancisci potui, tamen non dubitavi, eum auctorem Haloandri et Donelli assectatoribus adnumerare, dum Dedekind p. 152. 173. 179. eum opinionis Ronchegallicae defensorem laudavit. Cfr. supra § 4 et Hofacker: Princip. jur. civ. Rom. Germ. Cur. Chr. Gmelini. Tub. 1789. § 2029. II. Bd. not. *c.* Bucher: Recht d. Forderungen. 2. Aufl. Leipz. 1830. p. 399. not. 4.

[76]) Hofacker l. l.

[77]) Princ. jur. Rom. noviss. Jenae 1809. Th. II. § 914. not. *d.*

[1]) Cfr. § 4. not. 5.

plorare, an quae duo praecepta ad obligationem correalem spectantia communis opinionis propugnatores Novella contineri dicunt, ea revera Novella contineantur. Praeterea conjecturae illius documentum externum quidem sed gravissimum id afferatur, quod recentiorum novae de Novella sententiae post librum Ribbentropii editum et plerumque occasione materiae alicujus tractandae, quae ad correos debendi pertinet, ortae sunt.

Quae quamquam ita se habent, tamen primi Gustavi Asveri[2]) in hac periodo mentionem facimus, qui dissertatione clarissime et elegantissime conscripta quaestionem de Novella studiosissime recensuit. Haloandri — aut ut ipse credidit — Donelli sententiam defensurus argumenta, quae pro ea et contra opiniones obstantes afferuntur, undique diligentissime collegit et operam dedit ut dijudicaret. Magis autem interpretatione Prooemii supra[3]) laudata inter nostrates insignis est, qua probare voluit, Nov. 99 nil nisi explanationem et appendicem Nov. 4 esse. Nam inde ab Asvero omnes opinionis communis adversarii pro certo habent, e Prooemio non solum argumentum ei opinioni perniciosissimum derivatum esse, sed etiam fundamentum validissimum jactum, in quo omnes sententiae tutissime exstruerentur, dummodo beneficium excussionis Nov. 99 contineri perhiberent.

Deinde Ribbentrop[4]), quod ad debitores Novellae nostrae pertinet, Pufendorfium secutus perpaucis quidem, sed gravissimis verbis opinionem communem denuo con-

[2]) Cfr. § 1. not. 31. — [3]) Cfr. § 6.

[4]) Ribbentrop l. l. p. 116. not. 18.

firmavit, ad quam et ipse de Schroeter[5]) maxima ex parte accessit. Quamquam enim Novellam ad eos correos restringit, qui ex causa onerosa duo rei promittendi facti sunt, iis tamen beneficium divisionis in hunc modum ab Imperatore accommodatum esse dicit, ut creditori, qui ab uno minus parte virili consecutus sit, ad ceteros redire liceat, qui iterum inter se beneficio divisionis respectu hujus partis gaudeant. Quocirca de Schroeter etiam magis quam Bartolus inter doctores opinionis communis numeretur oportet.

§ 8.

Sententiae novae Burchardii, Vangerovii cett.

A Georgio Christiano Burchardio series longa sententiarum novarum incipit, quarum auctores, imprimis Dedekind et Rueckert, interpretationes Novellae accuratiores proponere studuerunt.

Burchardi[1]) voce *ἀλλ. ὑπ.* tales debitores significari contendit, qui debitum dividuum communiter contraxerint et praeterea invicem inter se fidejusserint. Itaque si plures, tales debitores facti, in solidum teneri se velle non promiserint, obligationes eorum omnino separatas esse dicit neque veram fidejussionem mutuam adesse[2]). Sin vero

---

[5]) Zeitschr. f. C. R. u. Pr. v. Linde cett. Bd. VI. 1833. nr. XII. p. 438 sqq.

[1]) Burchardi l. l. p. 49. 71. Lehrb. d. Röm. Rechts. Th. II. Stuttg. 1846. p. 711.

[2]) Burchardi Arch. p. 58. Principium Novellae ita circumscribit: »Wenn nämlich jemand Mehrere unter gegenseitiger Verbürgung zu

plures debitum dividuum communiter contraxerint, post Nov. 4 latam fieri potuisse, ut pro correis haberentur, quod Justinianus vetuerit statuens, ut hi pro veris fidejussoribus mutuis habendi sint. Quibus quum excussionis tum divisionis beneficium sensit competere eorumque beneficiorum concursu evenire, ut debitum inter praesentes locupletesque aequis partibus dividatur. Falso enim ab opinionis communis asseclis putari dicit, divisionem Novellae ex Epistola d. Hadriani descendere.

Quam sententiam ab omnibus paene reprobatam necesse est intueamur, ab opinione Haloandrina qua in re distet. Haloander ob fidejussionem mutuam ἀλλ. ὑπ. (h. e. »vice mutua fidejussorum«) obligationem principalem requirit, sed quod Haloander praesumendum vel e ceteris Novellae partibus concludendum existimat, id Burchardi opinatus est ipsa in verborum notione ab initio positum esse. Deinde autem hac quoque re illi inter se differunt, quod Burchardi primum Novellae praeceptum omnino negavit adesse, secundum autem non ad duas, sed ad unam[8]) obligationem duxit respicere, eaque obligatione debitores principaliter et in solidum teneri. Jam vero secundum Burchardium Imperator edixit, ut judici in ea una obligatione principaliter et in solidum contracta duae obligationes pro parte, altera principalis, altera accessoria, discernendae sint. Quamobrem, qui accuratius eam opinionem Burchardii inspicit, ei apparebit, Burchardium per ambages postremum ad opinionem communem rediisse.

Schuldnern erhält (so ferne zwar nicht hinzugefügt wird, dafs auch der einzelne von ihnen in solidum haften sollte) cett.«

[8]) Cf. Vangerow, Leitfaden f. Pand. Vorles. Marb. u. Leipz. 1855. Bd. III. p. 94. Savigny l. l. p. 280. not. *d.*

Ejus sententiae errores conspicui protinus a G. E. Schmidtio[4]) et Heimbachio[5]) denudati et emendati sunt, sed eorum a Burchardio dissensiones et quae ipsi de Novella senserunt, hic mihi liceat praeterire, cum alter opinionem Burchardii emendatam[6]) profiteatur, alter sententiam suam accuratius non explicarit, Dedekind autem idem cum eo principium acceperit interpretationis[7]), et consequenter explicuerit.

Magis autem nostra intererit describere, quam sententiam Carolus Adolphus de Vangerow[8]) tulerit. Qui cum Burchardio pro certo habet, Justinianum de debitoribus vice mutua fidejubentibus constitutionem tulisse, quorum e negotio ut pro rata emolumentum ad unumquemque pervenerit, ob ceteras Novellae partes requirit. Tum ita Vangerow pergit: Si illi conventioni suae vocem in solidum non adjecerint, praecepta Nov. 4, cum tamquam fidejussores beneficio excussionis gaudeant, pro partibus fidejussione comprehensis locum habent. Sed *mutua fidejussio* etiam *ita iniri potest,* ut ad mutuum restituendum in solidum se obligaverint[9]). Tum quidem veri correi debendi fiunt, sed

---

4) Die gemischten Einreden. Dresd. u. Leipz. 1839. p. 121 sqq.

5) Zeitschr. v. Linde. Bd. XVI. p. 65—71. In Weiskii Rechtslexicon. Bd. I. 1839. p. 898.

6) V. infra § 17.

7) V. infra § 18. Savigny l. l. p. 282. not. *k* Heimbachium inter suae opinionis fautores retulit, quod immerito fieri arbitror, praecipue si commentationem Heimbachii in lexico Weiskiano inspicias. Ibi enim opinionem Juliani Epitomatoris cum sententia Savigniana consentire, sed suae opinioni contrariam esse fatetur.

8) Vangerow l. l. p. 86 sqq.

9) Quod non animadvertit Sintenis: Das pract. gem. Civil-Recht. II. Bd. Leipz. 1847. p. 132. not. 35.

jubet Imperator, ut obvelatae hujus »*intercessionis*« *mutuae* in tantum ratio habeatur, ut creditor omnes praesentes simul convenire cogatur, judex autem quos ex iis idoneos invenerit condemnet, ut communiter creditori debitum exsolvant. — Unde apparet et ipsum Vangerovium a contrario quidem principio exorsum denique ad eandem fere summam pervenisse, quam Novella contineri[10]) opinio communis dicit, quamvis omittere non liceat, Vangerovium summo jure contendere, beneficium Novellae a beneficio divisionis, quale ex Epistola d. Hadriani profectum hodie plerumque accipitur, omnino discrepare.

Guilielmus Girtanner[11]) in eandem fere sententiam incidit. Nam rejecto commodo aequali, quod e contractu ad unumquemque pervenisse secundum Vangerovium oportet, cum Schroetero quidem statuit, ut rei ex causa onerosa obligati sint, ceteroquin autem Vangerovium sequitur. — Ludovicus Rückert, quod ad vocem ἀλλ. ὑπ. respicit, Burchardio assensit, quod ad effectum adjectionis »in solidum«, Vangerovium secutus est, quod ad beneficium, ad Bartolum licet invitus accessisse[12]) videtur.

Tum Dedekind[13]), qui in notione ἀλλ. ὑπ. derivanda et de primo Novellae praecepto cum Burchardio et Haloandro consentit, hanc novam in secundo praecepto explicando interpretationis viam ingressus est, quod profitetur, soli mutuae fidejussioni verba »in solidum« adjicienda esse. Quae verba Justiniano ejusque aequalibus dicit beneficio excussionis contraria visa esse, Imperatorem autem beneficium illud non omnimodo exclusisse, sed »medio-

10) Aliter Sintenis l. l. Colum. 2. Sed cfr. Vangerow l. l. p. 89. 90. 95.

11) Girtanner l. l. p. 127 sqq. — 12) Rückert p. 43 sqq. p. 59 sqq.

13) Dedekind p. 151 sqq.

critatem« quandam statuisse. Justinianus enim secundum Dedekindium voluit ac jussit, ut mutua quidem fidejussio hoc casu ita servetur, ut interim unusquisque pro parte dumtaxat exigatur, sed pacti quoque fidejussioni mutuae adjecti, quo in solidum fidejussores se obstrinxerint, ejusmodi ratio habeatur, ut quum creditor commodo omnes simul conveniendi fruatur, tum ut ad »delegandum« creditorem ad reliquos non diutius sufficiat, dummodo praesentes sint[14]), sed debitum inter eos, quos solvendo esse constet, distribuatur, quem in finem judex in facultates omnium, qui in judicio adsint, inquirere debeat.

Denique commemorandum est, etiam Savignium[15]), qui de secundo Novellae praecepto opinionem Haloandrinam defendit, tamen, quod ad notionem vocis *ἀλλ. ὑπ.* et fortasse primum Novellae praeceptum attinet, Burchardii interpretationem comprobavisse.

Sic omnes sententias varias de Novella hucusque propositas descripsimus. Opinio enim quam »Pseudo-Ronchegallicam« Dedekind appellavit[16]), quaeque Novellam de solis fidejussoribus intelligit, a Ronchegallo concepta non est, neque apud quemquam scriptorem ante Asverum[17]) mihi occurrit.

Quae cum ita sint, opiniones singulas in has classes disponamus necesse est. Opiniones principales: opinio communis, opinio Haloandrina, opinio Donelli, opinio Burchar-

---

[14]) Quae *unica* conditio beneficii *excussionis* est.

[15]) Savigny l. l. p. 282 sqq. Idem auctor antea opinioni communi fovisse videtur. Cfr. Gesch. d. Röm. Rechts i. M. A. 2. Aufl. 2. Bd. Heidelb. 1834. p. 225. not. *g*.

[16]) Dedekind § 87. — [17]) Asverus p. 13. not. 27.

dii, opinio Francisci Balduini, nec non Heimbachio-Dedekindiana, aestimandae sunt, atque cum opinione communi opiniones Bartoli et Schroeteri conjungemus, opinioni Haloandrinae opinio Savigniana annectatur oportet, tum post opinionem Burchardii et G. E. Schmidtii de sententia Vangerovii inquiretur, qui assectatores Girtannerum et Rueckertum habet. — Hujus quoque loci est memorare, e sententia Haloandri duas obligationes in secundo quoque praecepto Novellae servari, e sententia Burchardii, Vangerovii cett. primum praeceptum ad duas, secundum ad unam tantum obligationem respicere, et inde fieri, ut hae sententiae in medio positae videantur, quae idem cum Haloandro fundamentum interpretationis (sc. notionem ἀλλ. ὑπ.) habeant, ad eandem vero summam (obligationis correalis) cum opinione communi redeant.

Priusquam autem partem commentationis nostrae criticam aggredimur, reliqui scriptores hodierni recensendi sunt, qui ad unam vel aliam de Novella sententiam accesserunt.

§ 9.
De reliquis scriptoribus recentissimis.

Opinionem communem Valett[1]), de Wening Ingenheim[2]), Appelius[3]), Albrecht[4]), Muehlenbruch[5]), Goeschen[6]), Fritz[7]),

[1]) Ausf. Lehrb. d. pract. Pand. Rechts cett. II. Bd. Leipz. 1828. § 451.

[2]) Zeitschr. v. Linde. Bd. IV. 1831. nr. XVII. p. 411.

[3]) Arch. f. civil. Prax. Bd. XVI. 1833. nr. XII. p. 280 sqq.

[4]) Albrecht: Die Exception. d. gemein. teutschen Civilproc. Münch. 1835. p. 104. 187.

[5]) Muehlenbruch: Lehrb. des Pand. Rechts. Halle 1836. Th. II. § 492. not. 8.

[6]) Goeschen, Vorles. über d. gem. Civ. Recht ed. Erxleben. Götting. 1838—40. Th. III. p. 15.

Liebe[8]), Rosshirt[9]), Unterholzner[10]), Habicht[11]), Puchta[12]), Arndts[13]), Boecking[14]), Seuffert[15]) sequuntur. Quod ad eos pertinet, a Vangerovio[16]) duae classes scriptorum opinioni communi faventium distinguuntur, quarum altera eorum est, qui Novellam ad omnes debitores in solidum obligatos respicere putent, altera eorum, qui Novellam de obligationibus mere correalibus latam esse dicant. Quae divisio et ipsi Dedekindio[17]) rata fuit, verum mihi injusta esse videtur. Scriptores veteres enim Novellam non minus quam recentiores de correis debendi datam esse pro certo habent, cum autem non tantum duos reos promittendi, sed etiam tutores, mandatores rell. pro correis habeant[18]), quid mirum, quod Novellam ad eos quoque extenderint? Post discrimen autem illarum obligationum a Ribbentropio declaratum

---

7) Fritz, Erläuter. cett. zu v. Wening Ingenheims Lehrb. d. gem. Civ. Rechts. Freib. u. Carlsr. 1833—39. H. III. p. 197.

8) Liebe, Die Stipulation cett. Braunschw. 1840. p. 218 sq.

9) Rosshirt: Gem. deutsch. Civ.-Recht. T. II. Heidelb. 1840. § 373. Cfr. Dedekind p. 175. not. 4.

10) Unterholzner, Quellenmäfs. Zusammenstellung d. Lehre des Röm. Rechts v. d. Schuldverhältnissen ed. Huschke. Leipz. 1840. Th. I. p. 366.

11) Habicht, Rechtl. Erört. u. Entscheid. gemeinrechtl. Controvers. cett. Zerbst 1843. T. I. p. 13. 75. Cfr. Dedekind l. l.

12) Puchta: Pandect. 3. Aufl. Leipz. 1845. p. 341.

13) Arndts: Lehrb. d. Pand. Münch. 1850—52. § 215.

14) Boecking, Pandect. IV. Aufl. Bonn 1852. § 119. not. *k*. p. 108. Cfr. Dedekind l. l.

15) Seuffert: Pract. Pand. Recht. Wuerzb. 1852. Bd. II. § 228. not. 15.

16) Vangerow l. l. § 573. not. 3. nr. 2. 3.

17) Dedekind § 86. 88.

18) Cfr. Bartolus l. l. ad Auth. nr. 6—20. Cujacius: Opp. post. T. V. p. 1139 ad Tit. C. si plu. una sent. cond. Hoepfner l. l. Glueck l. l. p. 516. 517.

Seuffert, Muehlenbruch, Puchta soli supersunt, qui Novellam de omnibus debitoribus in solidum obstrictis excipiunt, quorum e numero certe Puchta alio loco[19]) sententiam priorem correxisse videtur, Seuffert autem causam dissentiendi non attulit ideoque erroris conjectura admittitur. Muehlenbruch rationem insufficientem professus[20]) in universo ab opinione communi non defecit. Verum etiam si dissensus Muehlenbruchii tanti esset ducendus, ut accipi posset eum prorsus ab illa abhorrere, tamen *classes* istae, quas Vangerow proposuit, admittendae non sunt, sed sententia Muehlenbruchii ut singularis pro se afferenda.

Assectatores Haloandri Mackeldey[21]), Bucher[22]), Schilling[23]), Pfeiffer[24]), Grotefend[25]), tum Fr. Balduini fortasse Hugo[26]) et Planck[27]), opinionis Burchardianae Koch[28]), Vangerovianae Sintenis[29]) adhuc referantur oportet.

---

[19]) Vorles. über d. heut. röm. Recht. 1. Aufl. ed. Rudorff. Leipz. 1847. Bd. II. p. 36 vers. »Endlich cett.«

[20]) Muehlenbruch l. l.: »Wenigstens schliefsen die folgenden Worte des Gesetzes *Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινὰς κτλ.* (vgl. L. 11 pr. D. h. t. u. Pufendorf Obs. II, 77) die Auslegung nicht aus rell.«

[21]) Lehrb. des heut. Röm. R. 5. Aufl. Giess. 1823. Bd. I. § 546. not. *h*.

[22]) Recht der Forderungen. 2. Aufl. Leipz. 1830. p. 399. not. 4.

[23]) Lehrb. für Inst. und Gesch. d. Röm. Priv. Rechts. Leipz. 1846. Bd. III. p. 13. not. 11.

[24]) L. Pfeiffer: Proc. Natur d. Einr. d. Vorausklage. Stuttg. 1846. p. 20. 26. 44.

[25]) Grotefend: De except. divisionis. Gotting. 1852. p. 53 sqq.

[26]) Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts cett. 10. Aufl. Berl. 1826. p. 933. v. 15.

[27]) Die Mehrheit d. Rechtsstreitigk. im Procefsr. Gött. 1844. p. 111.

[28]) Das Recht der Forder. nach gemein. und nach Preufs. Rechte. Breslau 1840. T. II. § 66. — [29]) Sintenis l. l.

PARS SECUNDA.

De sententiis opinioni communi contrariis.

§ 10.

Introductio. — De natura et indole mutuae, quam vocant, fidejussionis.

Sententiis, quibus de hic agitur, duplex fundamentum commune est: *Interpretatio Prooemii* Novellae, qua *beneficium excussionis* derivatur, atque *mutua fidejussio.* De illa alio[1]) loco inquiremus, hic autem, priusquam ad singulas opiniones transgredimur, vera indoles fidejussionis mutuae nobis illustranda est.

Opinionis communis doctores quaestionem solent tractare, an *correi invicem inter se fidejubeant,* quae quaestio tamen confundenda non est cum mutua ista fidejussione adversariorum, quoniam illa tam ad internam obligationis correalis indolem, quam ad effectum actionis mandati correis inter se concedendae respicit, mutua autem haec fidejussio extrinsecus ad obligationes alias adhibetur et ad beneficium excussionis pertinet.

Quam fidejussionem contemplaturis nobis ab Haloandro[3]) initium faciendum est, qui eam ad obligationem principalem communiter a fidejussoribus mutuis pro parte vel in solidum contractam applicavit.

---

[1]) Vide § 20. — [2]) Cfr. § 1. 2. — [3]) Cfr. § 3.

Franciscus Balduinus[4]) ἀλλ. ὑπευθύνους aut vice mutua fidejussores eos appellatos esse dixit, qui pro debito principali alieno fidejussores facti praeterea invicem pro semetipsis fidejusserint, ita ut vice mutua fidejussores revera fidejussores succedanei, quod autem obligationem eorum principalem attinet, fidejussores (principales) sint.

Deinde Donellus[5]) vice mutua fidejussores eos accepit, qui stipulanti creditori alternatim promiserint, ita ut principalis obligatio alterius e mutuo accepto, alterius autem e fidejussione principali orta sit. T[s] enim principaliter promittit, S[s] pro eo fidejubet, pro S[o] autem T[s] iterum fidejussor accipitur. Cujus alternae fidejussionis naturam et effectum Donellus ita descripsit, ut rem, in qua illi se obligaverint, in commune ad utrumque pertinuisse eosque se in ea ut in re communi, proinde et pro parte obligasse perhibeat. Itaque cum uterque et reus principalis et alterius fidejussor factus sit, neque ulla causa inveniatur, cur creditor alterum magis, quam alterum, et quidem in solidum convenire velit ac possit, Imperator secundum Donellum edixit, ut obligationes fidejussorum mutuorum in solidum resp. sine et sub conditione in obligationes pro parte resolverentur[6]).

Burchardi[7]) a mutua fidejussione eum casum exclusit, ubi plures debitum communiter contraxerunt et invicem sibi fidejussores exstiterunt, contra autem fidejussionem mutuam vere adesse dicit, ubi plures ex debito communi contracto in solidum teneri se velle promittant, qua re apparet, mutuam intercessionem tacitam, qualis ex SC[to] Vel-

[4]) Cfr. § 4. — [5]) Cfr. § 4. — [6]) Aliter Donellus l. l. Cap. XI. nr. 2.
[7]) Arch. f. c. Pr. l. l. p. 58. 68. 69.

lejano locum habeat, Burchardio mutuam fidejussionem veram visam esse. — Quod vitium a Vangerovio[8]) non evitatur, qui proponit, fidejussionem mutuam etiam sic *iniri* posse, *ut* intercessio tacita *oriatur*.

de Savigny[9]) duplicem mutuae fidejussionis casum in Nov. 99 interpretanda agnoscit: si plures debitores pro parte, et si duo pluresve rei promittendi invicem pro se fidejubeant. Quem casum, quod correi debendi invicem sibi fidejussores exstiterunt, Papinianus in L. 11 pr. de duo. reis ita tractavit, ut creditorem, si velit, unum ex correis pro parte ut reum principalem, pro parte ut fidejussorem dixerit alterius correi convenire posse, qua divisione secundum Cujacium[10]) evenit, ut reus electus tam adversus correum actionem mandati consequatur, quam creditori exceptiones e persona correi competentes objicere possit. Quae commoda Savigny beneficio excussionis aucta ad solam fidejussorum utilitatem spectare censet, creditori autem fidejussionem mutuam haud admodum prodesse, qui e divisione nil commodi percepturus sit. Quod autem ad Novellam 99 pertineat, Justinianum e ratione Papiniani constituisse dicit, ut creditor unum e correis vice mutua fidejussoribus convenire debeat, quo postulante ceteri correi compellendi sint ut debitum una cum electo persolvant. Creditorem, cui jus electionis ita ademtum non sit, una actione totam summam nancisci perhibet, ita ut, etsi nullam utilitatem e fidejussione mutua capiat, tamen rursus neque ullum damnum passurus sit; reis autem commodum Nov. 99 juste indulgeri, qui fidejussione mutua ostenderint

---

[8]) Vangerow l. l. p. 88. 89. — [9]) Savigny Obl. R. Bd. I. p. 268 sqq. p. 283 sqq. — [10]) Opp. post. T. I. p. 505.

»dafs sie in einer näheren als der sonst gewöhnlichen Verbindung zu einander stehen wollen.«

Postremum Dedekind[11]) contra Savignium defendit, in d. L. 11 pr. non de duobus reis promittendi, sed de pluribus agi[12]), qui unam eandemque summam stipulanti creditori simul promiserint, ita ut pro parte obligati sint, et praeterea invicem fidejussores sibi exstiterint: eundemque casum a Justiniano in Novella nostra tractari opinatus est. Quod probaturus textu Florentinae d. L. 11 pr.:

> »Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est) poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero exstitit, in partes convenire; non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.«

rejecto et textu Vulgatae:

> »Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Poterit itaque reus stipulandi actionem suam dividere si velit; neque enim dividere cogendus est, sed poterit eundem ut principalem convenire reum. Item eum qui fidejussor pro altero exstiterit in partes convenire potest; non secus ac si duos reos divisis actionibus conveniret.«

ita mutato:

> »Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Poterit itaque reus stipulandi, actionem suam dividere si velit (neque enim

[11]) Dedekind p. 154 sqq.

[12]) Qua in re Vangerow p. 92. 93 et (quem ipse non inspexi) Brinz, Neue kritische Blätter p. 36 eum secuti sunt.

> dividere cogendus est, sed poterit eundem ut principalem convenire reum, item [suppl. »ut«] eum qui fidejussor pro altero exstiterit) in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.«

in hunc modum ratiocinatur: »Rei promittendi« sine adjectis vocibus »duo«, »duo vel plures« cett. debitores pro parte, verbis obligati, in jure Romano significantur et »actionem dividere« is tantum videtur, qui ita dividit, ut contra *diversos* reos experiatur. Quae cum ita sint, sententia Papiniani haec fuit: »Potest creditor debitores non sine utilitate ita accipere, ut invicem fidejubeant, quo casu poterit quidem eos si velit in partes convenire, qua re idem efficitur, atque si duos reos promittendi pro parte conveniret, sed etiam si nolit actionem dividere, poterit unum in solidum convenire, pro parte ut principalem reum, pro altera parte ut fidejussorem alterius.«

Cujus hanc sententiae rationem Dedekind Papiniano supponit, eos, qui invicem fidejusserint, paene eodem modo (ante Nov. 4. latam) teneri consuevisse ac si in solidum se obligassent.

Quae reliqua ad Nov. 99. spectantia ab eodem scriptore afferuntur, de iis aptius disquiremus, ubi ad sententiam Dedekindianam pervenerimus, cum magis ad pactionem in solidum factam, quam Justinianus secundum auctorem nostrum in Novella ista moderatus est, quam ad indolem fidejussionis mutuae respiciant. Quod autem Dedekind primum de correis in juris libris significandis declaravit, fragmentis Venuleji L. 13 de duo. reis, Papiniani L. 1 ratam rem, Pauli L. 14 eod., Ulpiani L. 5 de fidejuss., Justiniani L. ult. C. de duo. reis refutatur, quibuscum aliae voces

Africani L. 21 § 6 de fidejussoribus L. 17 § 2 ad SC. Vellej., Juliani L. 82 § 5 de leg. I[13]), Ulpiani L. 51 § 4 de eviction.[14]), Pauli L. 35 § 6 de m. c. donat. conjungendae sunt. Deinde quo jure Dedekind Savignium vituperaverit de actione dividenda, assequi non possum, cum »actionem dividere« generatim eo constare videatur, quod creditor actionem in solidum competentem in actiones pro parte dissecet, et exceptio litis dividuae[15]) satis idoneum documentum praebeat, juris Romani conditores etiam tum actionem dividi existimasse, ubi creditor actionem adversus eundem reum competentem in actiones pro parte resolverit. — Nullatenus autem fieri potuit, ut Papinianus sententiam illam, quam Dedekind e verbis d. L. 11 pr. evolvit, professus sit. Etiamsi enim creditor plures actiones adversus eundem reum eodem tempore instituere potest, tamen non *una* actio, sed *plures* actiones conjunctae instituuntur[16]), neque ergo condictio ex mutuo pro parte accepto et condictio e mutua fidejussione reorum orta in casu proposito ita conjungi potuerunt, ut una actio nata sit in solidum. Quamvis enim creditor omnes partes totius pecuniae, quam pluribus pro parte, sed simul, mutuam dedit, ab uno debitore exigere posset, tamen quum regula, quod singulas obligationes singulae actiones sequuntur[17]), tum exceptio-

[13]) Cfr. L. 13 pr. de leg. II.

[14]) Cfr. Ribbentrop p. 200.

[15]) V. de Keller: Der Röm. Civ. Proc. u. d. Actionen. 2. Ausg. Leipz. 1855. p. 132.

[16]) Planck § 9. 13. Zimmermann, Arch. f. civil. P. Bd. XXXIV. p. 221 sqq.

[17]) Quod et ipse Papinianus verbis: »poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero exstitit, in partes convenire« indicat. — Cfr. Hugolinus l. l. p. 357 in fin.

nes, quae fidejussoribus illis mutuis ex sua et correorum persona competere possent, impedimento forent, quominus actiones illas in unam actionem in solidum commutaret. — Argumenta plura contra eum Dedekindii errorem afferri possent, si cum aliorum tantum vitiis nobis res esset. Quod ita se non habet, sed id solum adhuc memoretur, eundem sensum, quem Dedekind novis interpunctionibus, uncinis auctis, elisione vocis »potest« propinarit, eo effici posse, quod in textu Vulgatae integro post vocabulum »exstiterit« colon (:) ponatur.

Immo vero lex ita excipienda est, ut Savigny et alii auctores hucusque eam interpretati sunt. Papinianus non tantum propterea, quod fragmentum titulo de duobus reis insertum est et Pluralis numerus (»reos promittendi«) id requirit, de correis debendi locutus est, sed etiam quia eundem pro parte ut principalem reum, pro parte ut fidejussorem alterius scripsit conveniri posse. Nam cum hae duae actiones partes sint actionis in solidum (a creditore in partes dissectae), necesse est una eademque in solidum actio e promissione principali et accessoria competierit. Nam si ex utraque actiones in solidum diversae natae essent, velut si T^s stipulanti creditori hodie X et S^s post annum alia X principaliter promisisset, deinde invicem alter debitum alterius fide sua esse jussisset, quomodo Papinianus recte dixisset »action*em* su*am* dividere si velit«?, cum dicere debuisset »actio*nes* su*as* rell.« Itaque unam eandemque »actionem« e principali et accessoria promissione genitam esse liquet, quod tum tantum fieri potuit, si T^s et S^s duo rei accepti sunt. Inde quoque apparet, quamobrem Papinianus exemplum duorum reorum, qui divisis actionibus conveniantur, adhibere potuerit, quo voluit docere, credi-

torem, qui eundem pro parte ut principalem reum, pro parte ut fidejussorem correi conveniat, idem efficere, ac si adversus utrumque ut principalem reum pro parte expertus esset, ita ut jurisconsultus quodammodo scripserit: »non secus ac si *illos* tamquam duos promittendi reos divisis actionibus conveniret«[18]). Sin vero ea verba secundum Dedekindium explicanda essent, Papinianus similia non cum similibus, sed cum dissimilibus contulisset.

Quamquam igitur interpretationi Savignianae ita assentiendum esse censeo, tamen non possum quin conclusiones ab eo auctore derivatas omnino reprobem. Ratio decidendi *libera* creditoris *voluntas* est, neque creditor dividere volet, si damnum ex ea re passurus sit. Quamobrem imprimis non dividet, si fidejussor ex persona rei principalis exceptionem compensationis opponere possit (quod Savigny secundum Cujacium accepit), aut cum excussionem objecturus sit (quod ipse addidit talis fidejussoris commodum). Immo vero Papinianus ejus solius effectus, qui ex actione mandati

[18]) Quae interpretatio (cfr. Schragius Cap. II.) paullulum a Savignii sententia discedit, qui scripsit: »gerade so wie er auch die Klage zwischen zwei Correalschuldnern willkührlich theilen kann.« Ex mea interpretatione satius discrimen apparet, quod inter conventionem utriusque correi pro parte et petitionem contra eundem pro altera parte ut reum principalem, pro altera ut fidejussorem correi susceptam Savigny p. 269 not. *c*. attulit, scilicet quod creditor ab uno omnes debiti partes recipit et tamen inter utrumque debitum dividit. Nam si debitores tamquam correos debendi conveniri oporteat, creditor actionem ita tantum dividere potest, ut adversus utrumque pro parte agat, quod interdum ei perniciosum esse videtur, dum sine ullo damno actionem dividet, si adversus unum ex duabus obligationibus de partibus debiti experiri queat. Itaque hic divisionis modus etiam ad creditoris utilitatem quodammodo respicit, ergo etiam fidejussio mutua adjecta.

oritur, rationem habuit, id quod tam voce »inutiliter«, quam eo confirmari videtur, quod fragmentum e libro XI. *Respons.* Papiniani excerptum est. Ideo quoque negamus fidejussiones mutuas correorum debendi ad debitorum solummodo utilitatem respicere, neque creditorem ex iis lucri quid capere. Nam si non inutiliter accipi*untur*, primum necesse est utilitas ad creditorem[19]) redundet. Praeterea fidejussiones eum in finem ineuntur, ut creditori aliquid tutius debeatur[20]), atque si fortuito eveniat, ut exceptiones e persona debitoris principalis fidejussori dari non possint, reus autem, qui tamquam fidejussor convenitur, exceptionis praesidio gaudeat, qua ipse tamquam reus promittendi creditorem repellere possit, commodi quid ad creditorem etiam nostro casu pertinere apparet. Quod his exemplis[21]) clarius elucebit: T^s ut correus exceptionem pacti pro sua persona habet, S^s ad inopiam vergit, itaque creditor a T^o fidejussore totum debitum consequetur; aut T^s ex stipulatu pure, S^s sub conditione debet, et mutui fidejussores sub conditione et pure accipiuntur, tum creditor conditione pendente, cum T^s conveniri nequeat, a S^o, quem ut fidejussorem in jus vocat, suum recipiet; aut T^s et S^s duo rei facti sunt, post quinque annos invicem alter pro altero fidejubent[22]); quare si actioni principali praescriptum sit

[19]) Quia autem Papinianus praecipue de effectu actionis mandati et ideo de commodis reorum agit, manifestum est vocem »non inutiliter« pro »non sine effectu« adhibitam esse. Savigny pag. 269.

[20]) Gaji Comment. III. § 117. L. 8. § 1 de O. et A. — Donellus l. l. Cap. VI. nr. 1. Cap. XI. nr. 2. Anton Faber l. l. Cap. II. in f. vers. Aut ob id sqq. Savigny l. l. § 22.

[21]) Falsum exemplum Asverus l. l. p. 42 attulit.

[22]) Quod exemplum fidejussionis mutuae nemini mirum erit, qui explicationem sequentem legerit.

creditor e fidejussione mutua debitum petere potest, a quo velit.

Quae cum ita sint, scilicet quia natura fidejussionis communis necnon mutuae fidejussionis ad creditoris utilitatem respicit, idemque creditor ex libero suo arbitrio decidit, utra ex obligatione reos in solidum aut pro parte convenire velit, merito cum Vangerovio[23]) negamus, duritiem obligationis correalis per mutuam fidejussionem adjectam molliri, cum argumentum Savignii, correos tali pactione declarare, se strictiori, quam quo soleant, vinculo inter se conjunctos esse velle, omni fundamento careat.

Naturam fidejussionis mutuae explicaturi primum dicimus, mutuos fidejussores fidejussores tantum esse, ita ut hac ipsa verbi notione aliae intercessionum species, quas Vangerow, Burchardi, aliique in mente habuerunt, omnimodo excludantur. Deinde fidejussor ad quamlibet obligationem adhiberi potest, neque accipere cogimur, mutuam fidejussionem certum obligationum principalium genus requirere. Mutua enim fidejussio talis fidejussio est, ut alter pro altero fidejubeat h. e. mutua fidejussio ad *personas fidejubentium* respicit. Quod si quis negaret, concedere eum oporteret, T^m ipsum, qui creditori ex mutuo X et ex delicto X debeat, invicem ea debita fide sua esse jubere posse. Nec magis ideo certum obligationis genus in fidejussione mutua requiritur, quia fidejussio mutua societatem inter ipsa debita, quae ex obligatione principali et fidejussione pro altero inchoata in utrumque fidejussorum mutuorum collata sunt, in eadem persona introducat. Nam fidejussio obligatio accessoria est, neque in obligationibus,

---

[23]) Vangerow l. l. p. 92.

ad quas accedit, aliquid mutare potest, neque mntua fidejussio imitatur naturam stipulationis Aquilianae, quae obligationes diversas et discretas in unam novam obligationem complectitur. — Itaque casus a Donello propositus a fidejussione mutua alienus esse non videtur, sed consequentia illa, mutua fidejussione declarari, rem, in qua fidejussores mutui se obligaverint, in commune, proinde et pro parte ad utrumque pertinuisse, aeque refutanda est, quam ista, quam Savigny tentavit, quam nuper rejecimus. Nam cum fidejussores ad quamlibet, ergo ad diversas quoque obligationes accedere possint, e contrario »res« ob mutuam fiedejussionem in commune ad utrumque pertinuerit necesse non est. Immo vero regulam generalem proponere possumus, mutuam fidejussionem *fidejussiones plures vulgares* esse, quibus *alter* quodcumque debitum *alterius* fide sua esse jubeat.

Quam notionem qui in debito communiter a pluribus accepto, ita ut unusquisque pro parte debitor principalis factus sit, recte velit adhibere, caveat ne obliviscatur, neminem apud eundem creditorem pro suo debito efficaciter fidejussorem existere. Cum T^s et S^s XX in commune a creditore receperunt, ita ut T^s in X et S^s in X teneatur, mutua fidejussione hae stipulationes comprehenduntur:

> T^i, quae X S^s mihi debet, ea fide tua esse jubes?

et

> S^i, quae X^1 T^s m. d., e. f. t. e. j.?;

cum L^s T^s S^s XXX iisdem sub conditionibus mutua acceperint, stipulationes ita conjungi:

> L^i et T^i, quae X S^s mihi debet, ea in solidum fide vestra esse jubetis? rell.,

minime autem omnes in unam comprehendi possunt:

L^i T^i S^i, quae XXX mihi debetis, eadem vice mutua fide vestra esse jubetis?

Num autem haec stipulatio:

Quae S^s et T^s XX mihi debent, ea L^i, fide tua esse jubes?

admittenda sit necne, de ea re ambigi non potest. — Quae nostra sententia cuique rata erit, qui L 11 pr. de duo. reis attente legerit, longe plurimi autem scriptores videntur stipulationem illam falsam ante oculos habuisse.

Quod ad effectum mutuae fidejussionis attinet, non inficiamur ex ea nonnullis in casibus societatem quandam reorum oriri. Ubi enim pro debito, quod eodem modo ad omnes pertinet, intercesserunt, quod in casibus Balduini, Donelli, Haloandri, Savignii fit, jam ob naturam obligationis principalis fidejussores mutui arctius quodammodo inter se conjunguntur. Ipsa mutua fidejussione autem tum tantum vinculum strictius debitorum nascitur, cum alter adversus alterum mandati actionem consecutus fuerit et compensare poterit. Quod unicum singulare fidejussionis mutuae esse, ob rationem Papiniani »dividere non cogendus est (sc. creditor)« persuasum mihi habeo, cum nemo creditor adeo stultus sit, ut actionem dividere etiam tum velit, cum exceptiones ei opponi possint.

Postremum quod Donellus et Balduinus fidejussiones succedaneas pro fidejussionibus mutuis habuerunt, naturae fidejussionis mutuae contrarium esse non puto, quamquam nego, *ἀλλ. ὑπευθύνους* Novellae nostrae fidejussores succedaneos esse et naturam obligationis principalis fidejussione mutua hoc vel alio modo infringi.

Opiniones sequentes sic describemus, ut interpretationem quidem prooemii ab Haloandro, Schragio, Asvero tentatam interim omittamus, conjunctionem autem internam, quam beneficio excussionis inspecto singuli scriptores inter Nov. 99 et Nov. 4 intercedere arbitrantur, statim exponamus et dijudicemus.

§ 11.

I. De opinione Fr. Balduini.

Sententia Fr. Balduini[1]), secundum quam Justinianus iis, qui pro debito alieno fidejussores facti sunt et rursus invicem alter pro altero fidejusserunt, beneficium quod vocatur divisionis indulsit, quomodo cum Nov. 4 concilianda sit, ab ipso auctore non explicatur, neque vinculum inter Novellas quodquam nisi id ex ejus sententia adesse videtur, quod per utramque onera fidejussorum sublevantur et utriusque beneficium paene sub iisdem conditionibus debitoribus defertur.

Oneris fidejussorum rationem cum habemus, Justinianus ita non falso quidem, sed tamen minus prudenter Nov. 4 a se latam esse memorasset, cum magis Epistola d. Hadriani et L. Furia de sponsu ad Nov. 99 respondissent. Neque e conditionibus beneficii excussionis et beneficii Nov. 99 sequitur, Justinianum mentionem facere Nov. 4 magis debuisse, quam Epistolae et L. Furiae.

Universa autem Balduini sententia rejicienda est, si consideras, fidejussores ex Epistola d. Hadriani beneficio divisionis jam gavisos esse, ita ut frustra ex Balduino inquiras, quae ratio edicto insit, quo constituatur, ut, si illi praeterea mutua vice alter pro altero fidejussores exstiterint, vocem

---

[1]) Cfr. § 4.

»in solidum« autem non adjecerint, ipso jure pro parte, sin vero eam addiderint, tum tantum pro parte teneri debeant, si omnes praesentes et solvendo sint. Quisque enim fidejussor, nisi aliud inter partes convenerit, in idem, quod reus principalis debet, h. e. in solidum tenetur, sed beneficio divisionis juvari poterit, si conditiones ejus beneficii adsint. Quamobrem igitur in solidum teneri desinunt, si mutua fidejussio accessit[2])? et quamobrem fortiori praesidio ii magis digni sunt[3]), qui duplicis, quam qui unius obligationis vinculo creditori obstricti sunt?

Denique Franciscus Balduinus veram vocis *ἀλλ. ὑπ.* notionem non intellexit. Nam *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* et *ἀλληλέγγυοι* iidem debitores esse non videntur, praesertim cum quos initio *ἀλλ. ὑπ.* Imperator appellavit, eos postea *ἐνόχους* (»*ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι*« — »*πάντες οἱ ἔνοχοι*«) nominarit, quod vocabulum ad fidejussores vice mutua fidejussores, ut ita dicam, »proprie pertinere« non potuerit. Unde porro auctor concluserit, »*ἀλληλεγγύους*« etiam principaliter e fidejussione obligatos esse, neque e verbis, neque e materia Novellae universa comprehendimus.

§ 12.

II. Opinio Donelli refutatur.

Descriptioni nostrae supra susceptae[1]) cum nihil adjiciendum sit, statim ea afferemus, quae in opinione Donelliana vituperatione digna esse videntur.

Quod primum notionem *ἀλλ. ὑπ.* attinet, et ipse Donellus magis Adverbii »*ἀλληλεγγύως*« quam Adjectivi

[2]) Cfr. § 10. — [3]) V. Vangerow l. l.

[1]) Cfr. § 4.

»*ὑπευθύνους*« rationem habuit. Deinde cum Imperator eum casum proposuerit, quo quis *ἀλλ. ὑπευθύνους* acceperit, uterque debitor iisdem, quibus alter, obligationibus obstrictus sit oportet, dum Donellus alterum e mutuo accepto et fidejussione succedanea contracta, alterum autem ex una fidejussionis causa teneri contendit. Neque ad eum, qui fidejussione tantum tenetur, verbum »*ἔνοχοι*« pertinere videtur.

Deinde difficultates, quas Nov. 4 ortas esse Donellus opinatur, mera commenta sunt. Nam si T^s principaliter promisit et S^m fidejussorem dedit, tum autem ipse pro S^o fidejussit, beneficium excussionis quomodo adhibendum sit, dubium esse nequit.

Quae tum de natura mutuae fidejussionis Donellus professus est, jam antea[2]) rejecta sunt. Superest igitur, ut beneficium a Donello secundum Bartolum et cum Pufendorfio, Schroetero, Dedekindio acceptum[3]) accuratius excutiamus. Bartolus[4]) interpretationis suae rationem hanc reddidit: »substantiae eorum qualitas examinabitur, quod est per sententiam, ut ibi patet *ex ordine literae*,« quamobrem illum »literae ordinem« inspiciamus necesse est:

Nov. 99. c. I. § 1: *θεσπίζομεν, τὸν τῆς ὑποθέσεως ἀκροώμενον ἄγειν κἀκείνους εὐθὺς, καὶ κοινῇ μὲν ἐξετάζειν τὴν ὑπόθεσιν, κοινὴν δὲ ἐπάγειν ψῆφον· οὕτω γὰρ καὶ οἱ ἔνοχοι πάντες εὐθυνθήσονται, καὶ ἡ τῆς περιουσίας αὐτῶν ποιότης ἐξετασθήσεται, καὶ τὸ χρέος ὁμοίως μὲν κατὰ τὴν τοῦ δικαίου, ὁμοίως δὲ κατὰ τὴν τοῦ νόμου τάξιν προβήσεται.*

[2]) Cfr. § 10. — [3]) Cfr. § 6. 7. 8.

[4]) Bartolus a S. l. l. ad Auth. Hoc ita C. cit. nr. 25.

Cum Imperator igitur verbo *θεσπίζομεν* et Accusativis cum Infinitivis usus sit, dum postea Tempus et Modum (*εὐθυνθήσονται-ἐξετασθήσεται-προβήσεται*) mutavit, apparet ipso »ex ordine literae,« eum *non praecepisse*, ut per actionem *judicati* facultates reorum excuterentur. Quod non solum eo confirmatur, quod vocem »*οὕτω*« adhibuit, quae »sic,« neque »postea« vel »ideo« vel »itaque« vertenda est, sed etiam eo, quod, si cum Bartolo et Donello enunciationibus »*οὕτω-εὐθυνθήσονται*« et »*καὶ-ἐξετασθήσεται*« edici acciperemus, quomodo in actione judicati instituenda procedi deberet, etiam verbis in fine positis (»*καὶ-προβήσεται*«) dicendum esset *novum edictum* contineri, *quod applicari oporteret, postquam* facultates reorum taliter per actionem judicati examinatae essent. Tum autem juste concluderemus, his verbis jus creditoris ad antea conventos redeundi, si ab uno minus parte virili nactus esset, statutum esse, quod nemo asserere audebit. — Immo vero Imperator voce *οὕτω* indicat, se descripturum, quae eveniant, si judex omnes citaverit, si causam communiter examinaverit, si sententiam communem tulerit: ita ut, si omnes citaverit, omnes simul conventi, si causam communiter h. e. ratione omnium examinaverit, omnium facultates exploratae sint, et sententia communi debitum ita distribui possit, ut causa debiti aeque secundum legem, ac secundum justitiam processisse videatur. — Postremum neque Bartolus, neque Donellus, neque ceteri recordati sunt, excussionem semper *veram exsecutionem*[5]) esse, quorum ex sententia excussio etiam ludibrii causa suscipi possit.

---

[5]) L. 116 de V. O. L. 1. § 9 de magistrat. conv.

§ 13.

III. Opinio Haloandro-Savigniana.

Opinionem Haloandrinam, quam in prima hujus commentationis parte[1]) plane exposuimus, non sola notione vocis ἀλλ. ὑπ., qui Haloandro »vice mutua fidejussores« esse videntur, sed simul aliis Novellae partibus niti diximus, cum Haloander ab illa notione ad eam summam, quam inscriptione Novellae amplexus est, pervenire non potuerit, nisi earum rationem habuerit, aut e natura fidejussionis mutuae praesumendum crediderit, debitum principale fidejussoribus commune fuisse. Quod cum prorsus falso praesumsisset, illud praeferendum esse puto, quod his quoque verbis ipse auctor innuisse videtur:

Nov. 99. Cap. I. pr. »non tamen protinus ab initio singuli in solidum exiguntor, sed interim *pro parte, pro qua quisque tenetur;*« et praecipue:

»periculum cuiquam illorum immineto, ut quod *sub alternante fidejussione creditum* est, id pro sua quisque *parte*, ex *qua omnino* tenetur obnoxius, praestet: neque *aes alienum commune* privatum alicui onus efficiatur.«

Quod Savigny[2]) secundum Burchardium, ut verisimile est, dixit, ἀλλ. ὑπευθύνους ejusdem pecuniae debitores esse, qui vice mutua fidejussores accepti sint, ac praeterea verba »in solidum« obligationi *principali* inserta demonstrari, id verum et grave inter Savignium et Haloandrum discrimen existimari non potest, et aeque verbis tantum dissentire videntur, cum Savigny, si ἀλλ. ὑπεύθυνοι vocem

---

[1]) Cfr. § 3. — [2]) Cfr. § 8. V. Savigny l. l. p. 283 init.

»in solidum« non adjecerint, novi quid non constitui, sed eum casum »des Zusammenhangs wegen und um den folgenden Fall durch den Gegensatz mehr hervorzuheben« commemoratum esse asseruit[3]), dum Haloander Imperativo »ex aequo actionem sustinento« Imperatorem edicere significavit. Quoniam enim Haloander in inscriptione Latina hunc casum omnino neglexit, verisimillimum duco[4]), neque Haloandrum existimasse, verbis laudatis decretum vere novum inesse, sed jus pristinum Nov. 4 repeti et custodiendum magistratibus denuo commendari. Ea autem in re differre auctorum sententias pro certo habeo, quod Savigny, ne liberam creditoris electionem, a quo vellet solidum petere, tolleret eaque sublata jus creditoris ex obligatione correali profectum deminueret, a Justiniano statum esse accepit, ut, si creditor ab uno totum debitum petere coeperit, eo debitore postulante[5]) omnes praesentes ad eundem judicem mittendi sint, qui facultatibus eorum inquisitis idoneos ita condemnare debeat, ut simul cum electo debitum creditori solvant[6]). Atque in ea re, quod correi idonei partes suas solvere cogantur, beneficium excussionis positum esse Savigny arbitratur.

Quodsi Savigny[7]) ad Papinianum[8]) provocavit et Novellam nostram »eine Fortbildung des Gedankens von Papinian[9]), jedoch nur vermittelst der positiv eingreifenden Gesetzgebung« esse contendit, tam ea, quam sententia illa antea dijudicata, correos debendi mutua fidejussione adhibita conjunctionem arctiorem inter se efficere velle, opi-

---

[3]) Savigny l. l. not. *l.* — [4]) Vide § 3. — [5]) Savigny l. l. p. 284. not. *n.* — [6]) Savigny l. l. p. 284. — [7]) Savigny p. 285. — [8]) L. 11 pr. de duo. reis. — [9]) Cujus rei exempla exstant: e. g. L. 14 C. de sent. et interlocut.

nionem Haloandri perinde ac propriam stabilire cupiit. Idem dicendum est de Juliano allegato, vetere illo Epitomatore, quem Savigny sibi opinatur testimonium exhibere.

§ 14.

Continuatur.

Primum Haloandro haec opponenda esse arbitror:

I. Quod ad voces ἀλλ. ὑπ. et ἀλλ. δανεισθὲν respicit:

1. Haloander illam non accurate »vice mutua fidejussores« transtulit, qui ut significarentur, Adjectivum ἀλληλέγγυοι suffecisset;
2. hanc autem cum »alternante fidejussione« reddiderit, verum fidejussio »alternans« et mutua plane inter se non congruant[1]), verbum ἀλληλεγγύως neque constanter neque recte vertit. Praeterea autem Haloandri translatio alio vitio laborat, quod infra[2]) magis apparebit.

II. Imperator casus Novellae ita proposuit, ut verba »in solidum« ad contractum ἀλλ. ὑπευθύνων adjiciantur (προςτεθείη), aut non adjiciantur. Quamobrem ἀλλ. ὑπ. »vice mutua fidejussores« non sunt, sed necesse est debitum principale jam ipsa voce ἀλλ. ὑπ. contineatur, id quod vocabulo »ὑπεύθυνος« etiam satis confirmatur.

III. Primum Novellae praeceptum: si ἀλλ. ὑπ. in solidum non adjecerint, »omnes ex aequo actionem sustinento« cum omnibus juris regulis pugnaret, nisi Haloander »vice mutua fidejussores« e debito simul contracto principaliter teneri accepisset, id quod omni paene dubitatione caret. Sin autem haec nostra suspicio, jam §pho

[1]) Cfr. § 4. 12. — [2]) Cfr. § 28. 30. 36, III.

antecedenti memorata, recte se habet, Haloander de mutuo dato (»*aes* alienum« — »quod sub alternante fidejussione *creditum* est«) cogitavit[3]), quod in solidum aut cujus partes *ἀλλ. ὑπ.* invicem fide sua esse jusserint. Itaque si vice mutua fidejussores mutuam pecuniam in commune receperint, vocem »in solidum« autem non adjecerint, Justinianus secundum Haloandrum constituit, ut omnes ex aequo actionem sustinere debeant. Qui vero apud Romanos mutuum recipiebant, aut »verbis« aut »re« obligari solebant. Qui »re« obligabantur, prout aequas vel diversas partes debiti communis receperant, in aequas aut diversas partes tenebantur. Mutua fidejussio, ut novimus, obligationem principalem nunquam commutare potuit vel potest. Itaque si debitores ex mutui datione pro diversis partibus tenerentur et invicem partes fide sua esse jussissent, Justinianus edicto (»actionem ex aequo sustinento«) tam naturam contractus mutui, quam fidejussionis invicem factae perturbasset[4]), et alter fidejussor in duriorem causam adhiberetur, dum alter in leviorem summam, quam quae ad reum principalem pertineret, obstrictus esset[5]). Sin autem aequas partes recepissent, Justinianus illo edicto revera statuisset, ut mutua fidejussio pro non facta existimari deberet, quoniam ob pecuniae numerationem jam ex aequo actionem sustinerent; aut si non edixisset, sed jus consti-

---

[3]) Ipsum Justinianum de mutuo cogitasse, Heimbach Archiv cett. l. l. p. 68. 69 summo jure ob verbum *δανεισθέν* annotavit. Quod qui neglexerit, eum satis elucet neque umquam ad rectam constitutionis explicationem perventurum esse, quare tale quid ab Haloandro prorsus alienum fuisse credimus.

[4]) Cfr. Pufendorf l. l. § VI.

[5]) L. 8. § 7 de fidejussoribus: »quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari rell.«

tutionis antea latae repetiisset, non tantum superfluo, sed etiam falso ejus materiam descripsisset[6]) — Stipulatione autem inspecta si separatim singulos pro parte spopondisse, ita ut tam pro aequis, quam pro diversis partibus se obligassent, acciperemus, eadem argumenta locum haberent, sin vero conjunctim stipulanti creditori promisissent, argumentum posterius tantum opponi posset.

IV. Secundum Novellae praeceptum ex sententia Haloandri hoc est: Si ἀλλ. ὑπεύθυνοι adjecerint, etiam unum in solidum teneri debere, correi debendi, qui vice mutua fidejussores sunt, efficiuntur et omnes praesentes una simul actione conveniendi et idonei, quatenus idonei inveniantur, creditori pro partibus debiti totius condemnandi sunt. — Qua de re haec velim perpendas:

---

6) Sintenis p. 133. col. I. cum Haloandro verbis »ex aequo actionem sustinento« edictum revera inesse opinatur, quod contra objectionem, fidejussionem mutuam sic irritam fieri, defensurus inter alia, quae falsis conclusionibus derivavit, confirmare studuit dicendo, Imperatorem ideo beneficii divisionis rationem non habuisse, quia beneficio excussionis pro beneficio divisionis fidejussoribus cautum sit (»Dieses ersetzt dann das auxil. div.«), cujus eventu satis constet, qui ex iis praesentes ac solvendo sint. Quod si recte intelligo, etiam tum ratum non erit, si aequae partes ad singulos pervenerint. Fac L^m, T^m, Q^m, S^m 400 tamquam ἀλλ. ὑπ. debere. Creditor, qui L^m solvendo non esse existimat, Q^m et T^m et S^m, a quibus ut debitoribus principalibus 300 exegit, in partem L^i cum convenit, beneficio excussionis repellitur. Dum vires L^i excutit, Q^s interim sine herede decessit. Itaque cum L^s idoneus non inveniatur, Q^s autem ex Epistola d. Hadriani exigendus non sit, creditor a T^o et S^o partem T^i pro dimidiis consequetur. Sic factum est, ut T^s et S^s quisque 150, Q^s 100 et L^s nihil solverit, dum Imperator jussit: »omnes ex aequo actionem sustinento.« Quid igitur, quod beneficio excussionis pro beneficio divisionis satis fidejussoribus consulatur? — De altera parte sententiae nostrae cfr. § 15. III.

1. Si ἀλλ. ὑπ. illud adjecerint, fidejussionis stipulationi, cum duo rei tantum efficiantur, id inserere non potuerunt[7]) et si contractui principali ea conditio infuerit, idem argumentum ad Haloandrum spectat, quod Savignio mox[8]) opponemus. Immo vero tam principali quam accessoriae obligationi verba »in solidum« adjicienda sunt, quo confirmatur, quod sub nr. II contendimus, obligationem principalem voce ἀλλ. ὑπ. perinde comprehensam esse oportere, ac mutua fidejussio secundum Haloandrum ea contineatur.
2. Ipsum praeceptum cum Vangerovio[9]) ideo reprehendimus, quod, qui debitores duarum obligationum vinculis obstrictos habeat, minore in eos potestate secundum Haloandrum fruatur, quam qui simpliciter correos acceperit. Primum enim difficilius et periculosius adversus plures agitur[10]), quam si creditor unum in solidum eligere potest, praesertim cum creditor electione alterius exceptiones, quas alter habet, evitare possit; tum vero cum judicis sit inquirere, qui solvendo sint, eosdemque condemnare, prout solvendo sint, accidere potest, ut is absolvatur, qui, si bona ejus excuterentur, idoneus foret, aut is, qui revera idoneus non sit, creditori damnetur. — Bartolus[11]) ne ipsa quidem sententia litem ad finem perduci credidit, quod si quis ad Haloandrum quoque pertinere posse putaret, tamen ne jus quidem, quod ita accepit, ad eos redeundi, qui ob rem judicatam

---

7) Cfr. § 18. — 8) Cfr. § 15. II. — 9) Vangerow l. l.
10) Savigny l. l. p. 221. 222. — 11) Bartolus l. l.

partes jam solverunt, impedimento erit, quominus jus creditoris ex obligatione correali profectum ita concussum esse dicamus. Nam interim factum esse potest, ut ceteri, qui antea idonei fuerunt, idonei esse desierint, quod damnum fortasse creditori non accidisset, si liberam reorum electionem retinuisset. Quoniam igitur mutuae duorum reorum fidejussiones secundum Haloandrum jura creditoris infringunt, supra[12]) autem probatum est, creditorem iis perinde atque aliis sibi consulere, neque invito creditore correis vice mutua fidejussoribus commodi quid contingere, sententiam Haloandri juris rationi consentaneam non esse dicimus.

3. Quod ad beneficium excussionis respicit, idem ad Haloandrum valet, quod contra Savignium §pho sequenti exponemus.

§ 15.

Finis.

Qui sententiae cuilibet Savignii studium diligentius et accuratius umquam impenderit, et quam subtiliter omnia excogitata, quam caute expolita, quam eleganter et concinne singulae partes connexae sint, ut separari vix possint, ipse compertus sit, eum ignoturum mihi esse spero, quod tantum spatium in opinione ejus refutanda consumserim et tamen fortasse ne omnia quidem refutarim, quae aliis summi momenti esse videantur. Opinio enim Haloandri neque umquam ipso Donello non excepto propugnatorem Savignio praestantiorem habuit, cujus in explicatione ver-

---

[12]) Vide § 10.

bum fere quodque desiderare visum est, ut separatim redarguatur. — Haec autem Savignio videntur obsistere:

I. Primum ad vocem ἀλλ. ὑπ. annotamus, Imperatorem Adverbio et Adjectivo usum esse, dum si duplicem Savignii obligationem (et correalem et accessoriam) exprimere voluisset, alteram perinde atque alteram Adjectivo afferre et Particula καὶ conjungere debuisset (ἀλληλέγγυοι καὶ ὑπεύθυνοι), quoniam intelligi non potest, quamobrem fidejussiones mutuae secus quam obligationes principales pro obligationibus sua vi constantibus habendae sint[1].

II. Imperator vocem »in solidum« vel promissionem solidi minime ad debitum principale restringendam significavit, sed proposuit ἀλλ. ὑπ. adjecisse, quemque in solidum velle teneri. Cum igitur Savigny voci ἀλλ. ὑπ. duas obligationes inesse arbitratus sit, immerito solidi promissionem ad obligationem principalem coërcuit.

III. Quod Savigny primum Novellae praeceptum non agnovit, sed Justinianum jus vetus repetiisse dicit, regula, quam in mente habuit, haec fuit: »Wenn mehrere Personen für Eine Schuld auftreten — (und) von einer solidarischen Haftung nichts sagen — haften sie in der That nur theilweise[2].« Cum igitur Justinianus eos »ex aequo actionem sustinere« memoret, quam fidejussionis mutuae, quam per Novellam secundum Savignium praecipue voluit ordinare, rationem habuit? quam porro causae mutui dati, quam in fine principii aperte attigit? Tum quidem ex mutuo communiter accepto in aequas partes rei obligantur, si aequas partes receperint, aut ad stipulationem creditoris simul promiserint, nullatenus autem si ex sola numera-

[1]) Cfr. § 29. — [2]) Savigny l. l. p. 283.

tione pecuniae teneantur, quae pro portionibus diversis facta sit.

Quae vitia levissimo isto argumento e continentia casuum desumto non auferuntur, immo vero ei argumento aliud simile opponendum est, legislatoris non esse, ut inter hypotheses vel propositiones, quas quisque exspectat dispositiones secuturas esse, narrationes falsas contexat, quae si verae sint aptius prooemiis et epilogis inserantur.

Justinianus autem *non descripsit,* sed **jussit atque constituit.** Heimbach[3]), cui de Vangerow[4]) assentit, adversus Burchardium, quem Savigny hac in re sequitur, Novellam ita compositam esse attulit, ut casus generalis *Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς* in duas propositiones speciales *εἰ μὲν μὴ προςθείη, τὸ δεῖν κτλ.* et *εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο προςτεθείη κτλ.* distinctus sit, quas, cum Particulis *μὲν* et *δὲ* inter se oppositae sint, pari orationis munere fungi (»coordinirte Satzglieder«) oporteat. Justinianus cum in iis, quae ad utramque pertineant, exponendis Accusativis cum Infinitivis perpetuo usus sit, qui in casu secundo a voce suppressa *θεσπίζομεν* vel *ἡμῖν δοκεῖ* dependentes pro Imperativis adhibiti sint, idem modus et ipso in primo casu pro Imperativo habeatur necesse esse, quamobrem in eo quoque casu Justinianus edixisse videatur. — Quo mihi argumento satis cautum, ne hic error Burchardii restauraretur, visum esset, nisi vel Savigny id omnino neglexisset, quamobrem eundem errorem funditus exstirpari necesse est. Dico igitur, scriptores Graecos cujusvis gentis et aetatis longe abfuisse, ut describentes et narrantes Accusativis cum Infinitivis aut solis Infinitivis, quo-

---

3) Heimbach l. l. p. 70. 71. — 4) Vangerow l. l. p. 94.

modo scriptores Romani[5]) Infinitivo historico, usi sint, ut Accusativum cum Infinitivo utique a voce expressa vel suppressa pendentem fecerint. Quae cum ita sint, »ἡμῖν δοκεῖ« e prooemio vel »θεσπίζομεν« e Nov. 99. c. I. § 1 in primo casu perinde atque in secundo a Heimbachio recte subauditur, licet Graeci, quod et legibus psephismatibusque Atticis, et primae ecclesiae canonibus, et Novellis Imperatorum docetur, voces illas in legibus supprimere adeo soliti sint, ut Accusativus cum Infinitivo Imperativi vicem omnino obtineat[6]).

Ideo Justinianus non descripsit, sed constituit, quamobrem nunc ea argumenta inspicienda sunt, quae Haloandro[7]) opposuimus.

IV. De secundo Novellae praecepto ad ea nos referimus, quae supra exposuimus,

1. quod ad naturam mutuae fidejussionis et quae inde a Savignio derivantur[8]),
2. quod ad jus creditoris quem velit debitorum in solidum eligendi[9]) attinet. Savignium falso existimasse, *reo*, qui eligatur, *postulante* omnes ad eundem judi-

---

[5]) Cfr. Madvig, Lat. Sprachlehre. Braunschw. 1844. § 392.

[6]) Matthiae, Ausf. Griech. Grammatik. 3. Aufl. Leipz. 1835. II. Th. § 546. lit. *b*. in fine. Cfr. Xenophont. Hellenica (ed. Dindorf) I. 7. 20. Schol. ad Aristoph. Eccl. 1089. Demosthenes in Aristocr. (ed. Westermann) § 20. 28. 37. 44. 51. 53. 60. 62. 87. Ulpianus ad Demosth. Olynth. I. p. 14. Andocides de Myster. § 73—79. 87. 96. Concil. Constantinop. I. c. 2. 3. (vide Richter: Lehrb. d. kathol. u. evangel. Kirchenrechts. 2. Aufl. Leipz. 1844. § 18. n. 1. 2. Cottelerius: SS. Patr., qui temp. apostol. floruer., opp. Amstelod. 1724. p. 450. can. 67. apost. verb. *μὴ ἐξεῖναι* cett. — Nov. Just. 1. pr. § 1. verb. *τοσοῦτον* rell. et *Εἰ δὲ ἢ* rell. Nov. 18. c. 9. *Nov. 49. c. 1.* Nov. 64. c. 1. verb. *καὶ ὥσπερ* rell. *Nov. 156. c. 1.* Nov. Leonis 30 verb. *εἶναι βεβαίους* rell.

[7]) V. § 14. III. — [8]) V. § 10. — [9]) V. § 14. IV. 2.

cem mitti[10]), jam antea Planck[11]) probavit, quod infra[12]) quoque attingemus.

3. Savigny beneficium Novellae pro beneficio excussionis paullulum mutato habuit, propterea quod electus id consequatur, ut correi praesentes et idonei partes ratas solvere cogantur. Sed

a) beneficium excussionis inter reum principalem et fidejussorem locum habet, secundum Savignium autem correus, qui in solidum tenetur, respectu correi excussionem objicit[13]). Duo rei promittendi, qui vice mutua fidejussores facti sunt, neque ex obligatione correali, neque ex accessoria in partes, sed ex utraque in solidum tenentur;

b) beneficium excussionis numquam eum affectum habet, ut omnes debitores simul una actione conveniantur, immo vero, ut Vangerow[14]) eleganter animadvertit, contra singulos debitores diversi processus iidemque, si unus reus absens aut egenus sit, diversis temporibus instituantur opus est. Secundum Nov. 99 autem omnes ad eandem causam pertinent.

c) Si reus principalis praesto non sit, Nov. 4 fidejussori, ut reum principalem praesentem faciat, modicum tempus indulget, quod Vangerow[15]) im-

---

[10]) An Savigny L. 2 de qui. re. ad eund. jud. »Quum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo omnes ad eundem judicem mittuntur« ante oculos habuit? Quod quamquam verisimile mihi non est (cfr. Savigny l. l. p. 284. not. *n*.), tamen videatur de illa lege Planck l. l. p. 116 sqq. et diss. mea de benef. divisionis § 49.

[11]) Planck l. l. p. 111. 112. 138. — [12]) Cfr. § 39.

[13]) Hugolinus l. l. — [14]) Vangerow p. 89. — [15]) Vangerow l. l.

merito ad nostram Constitutionem traxit. Ii tantum conveniri debent, qui praesentes sunt, et cum communiter conveniri debeant, absentiam unius periculo creditoris petitionem differe apparet[16]).

d) Si exceptio excussionis opponitur, creditor causa cadit, et si postea ad eundem redire vult, necesse est novam actionem instituat. Hic autem non rejicitur, sed, si ceterorum quis egenus sit, ii, qui conventi sunt, nulla mora intercedente in ejus quoque partem *condemnantur*.

e) Discrimen permagnum inter beneficium Nov. 99 et beneficium excussionis in onere probandi consistit. Quaestio enim de copia solvendi eorum, quos fidejussor idoneos esse dicit, juxta Nov. 4 ex eventu executionis frustra susceptae deciditur, ita ut probationis onus creditori incumbat. In Nov. 99 autem Imperator constituit, ut judici de facultatibus debitorum inquirendum sit. Postea[17]) videbimus, sic quoque probationem ad correum (vel fidejussorem) spectare, sed, etiam si judex ex officio, probatio ut sibi fieret, curare deberet (»Untersuchungsmaxime«), Novellarum liqueret beneficia inter se discrepare. Quod maximi momenti esse puto, propterea quod judex errare aut decipi potest, dum excussio majorem creditori securitatem praestat. Et si post sententiam[18]), quod quidem non omnes accipiunt, Savigny autem non infitiari videtur, creditor jus ad antea conventos redeundi non diutius habet, detrimentum haud parvum ei oritur.

16) Gl. Absentes ad Nov. 99. Bartolus a. S. l. l. nr. 31.
17) Cfr. § 38 sqq. — 18) Cfr. § 40.

V. Julianum testimonium sententiae Savignianae contrarium edere, alio loco[19]) ostendemus.

Quae cum ita sint, sententiae Haloandri et Savignii omnem Novellae rationem expedire non videntur et ipse Savigny confitetur, negotium, quod per Novellam determinari putet, haud magni momenti esse. Equidem autem id ne tanti quidem facere possum, ut nova Justiniano constitutione dignum visum sit, et quod Savigny argumentum »der positiv eingreifenden Gesetzgebung« adhibuit, satis demonstrat, ipsum interpretem non fugisse, sufficientem ex sua sententia rationem Novellae non inesse. Quod autem ad explicandam expoliendamque Papiniani sententiam pertinet, pro certo habemus, jurisconsultum, si Justiniano aequalis fuisset et beneficium cognitum habuisset excussionis, alia responsurum fuisse, quam quae sua aetate sentire potuerit.

§ 16.

IV. Quae in sententiis ad summam interpretationis Burchardii redeuntibus reprehendenda sint, explicatur. — 1. Quae Burchardio et G. E. Schmidtio placuerunt.

I. Burchardi, cujus opinionem supra[1]) descripsimus, in hunc fere modum ratiocinatur[2]):

Obligationum, quae pactis ad debita communia respicientibus nascuntur, tres species sunt: debitores singuli aut pro parte virili, aut tamquam correi in solidum, aut principaliter pro parte virili, in subsidium autem pro partibus ceterorum fidejussores mutui obligari possunt. Ubi igitur

[19]) Cfr. § 33.

[1]) Cfr. § 8. — [2]) Burchardi Arch. p. 545 sqq.

plures in solidum se teneri velle polliciti sunt, quaeritur, qualis eorum sit obligatio. Ante Nov. 4 cum creditor jure electionis frueretur, eam obligationem pro correali haberi oportebat, post Nov. 4 autem latam (»nach der *neuen Bürgschaftstheorie*«) aliter res se habuit. Quoniam enim voce »in solidum« totum debitum partibus debiti opponitur, sed utrum debitores principaliter, an accessorie omnes partes debeant, non exprimitur, propter Nov. 4 quaestio orta est, utrum promissione solidi obligatio correalis pareretur, an debitores pro parte virili principaliter, pro partibus ceterorum autem ut fidejussores mutui tenerentur, quod sibi magis placuisse Justinianus Nov. 99 lata ostendit. — Itaque Justinianus constituit, ut, si plures debitum dividuum simul contraxerint et expresse adjecerint, in solidum se velle teneri, accipiatur, fidejussionem istam mutuam initam esse, sin vero id non adjecerint, de ea cogitari non posse, quamobrem hic secundum Burchardium casus *uncinis* includatur oportet.

Primum Liebe[3]) et Girtanner[4]) novam fidejussionis et promissionis solidi doctrinam a Burchardio inventam refutarunt exponentes, promissionem solidi principalem ex sententia Burchardii *in fraudem* Nov. 4 fieri, ita ut necesse esset, ut Justinianus aut in Nov. 4, aut in Nov. 99 edixisset, ut a judice inquirendum esset, utrum in promissione principali reorum singulorum fidejussio obvelata[5]) inesset, necne. Quod neque verbis Nov. 99 contineri existimant, neque

[3]) Liebe l. l. p. 217. not. 1. — [4]) Girtanner l. l. p. 129.

[5]) Burchardi l. l. p. 57. Nov. 99. c. I. pr. verb.: *ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος κτλ.* sic transtulit: »jeder für seinen eigenen Antheil, was ihnen auf gegenseitige Verbürgung geliehen worden ist, für welchen Theil sie auf jeden Fall verantwortlich geworden sind cett.« Quae versio quamquam rata haberi non potest, tamen satis demonstrat, Burchardium sic sensisse, uti retulimus.

e Nov. 4, quae ad apertas intercessiones respiciat, derivari posse.

Vocem ἀλλ. ὑπ. a Burchardio non recte explicari, ex iis, quae contra Savignium attulimus et infra § 29 sqq. proponemus, satius apparet.

Porro Burchardi, si sententiam ejus attentius excutis, opinatus est, Justinianum proposuisse et decrevisse: Si quis plures debitores acceperit[6]), qui etiam unum in solidum teneri debere adjecerint, ἀλλ. ὑπ. accepisse existimandus est, dum e contrario creditor proponitur, qui ἀλλ. ὑπ., qui in solidum se velle teneri promiserint, acceperit, quamobrem Burchardi verbis *Εἰ γάρ τις ἀλλ. ὑπ κτλ.* revera *dispositionem* obvelatam inesse credidit. Quod jam ipsis verbis repugnat. Magis autem falsam esse Burchardii interpretationem perpendenti tibi elucebit, Imperatorem generaliter enunciare: *Εἰ γάρ τις ἀλλ. ὑπ. λάβοι τινάς* et tum pergere: *εἰ μὲν μὴ προςθείη*, ita ut, quoniam nihil adjiciatur[7]), enunciatio generalis in primo Novellae casu integra servetur, et Imperator revera edixerit: Si quis ἀλλ. ὑπ. acceperit, ex aequo actionem sustinento, sin vero illi adjecerint cett. — Quo igitur Burchardi inductus sit, ut primum Novellae casum et praeceptum uncinis includere voluerit, assecuti non sumus, cum et ipsae grammaticae artis regulae impedimento sint[8]).

Burchardi de obligationibus e *pactis* natis disseruit, Justinianus de *mutuo dato* locutus est, Burchardi perpetuo de debitis dividuis dicit, ad quae ne verbo quidem a Justi-

---

[6]) Vangerow l. l. p. 95. Burchardium justissime reprehendit, quod tamen obligationem correalem oriri negavit.

[7]) Burchardi notionem verbi προςτίθημι omnino neglexit.

[8]) Cfr. § 15. III.

niano Novellam restringi significatur. Burchardi veros fidejussores mutuos eos esse contendit, quos omnes jurisconsulti tacite intercedere dicunt.

De beneficio excussionis, quod Burchardi cum aliis voluit a Justiniano in Nov. 99 propositum esse, ea videsis, quae contra Savignium attulimus.

II. G. E. Schmidt[9]), qui in universum Burchardium sequitur, tamen non negat, eos, qui solidum promiserint, duos promittendi reos fieri. Quod beneficium Novellae attinet, id inficiatur beneficium divisionis esse, quia praesentia[10]) conditio beneficii divisionis non sit: beneficium vero excussionis accipit, propterea quod creditori unum in solidum eligenti e Nov. 99 exceptio »der Mitschuldschaft und Mitbürgschaft» opponatur, contra quam creditori replicanti incumbat, ut reliquos aut non idoneos, aut absentes esse probet.

Quod argumentum adeo fictitium est et cum Nov. 99 c. I § 1 ita pugnare videtur, ut refutatione latiori dignum non sit.

§ 17.

2. De sententiis a Vangerovio, a Girtannero, a Rueckerto propositis.

I. de Vangerow[1]) etiamsi cum Haloandro de verborum ἀλλ. ὑπ. notione et cum G. E. Schmidtio de obligatione

---

9) G. E. Schmidt l. l. p. 121 sqq.

10) Videsis dissertationem nostram de beneficio Epistolae D. Hadriani seu divisionis, ubi quaestio de conditione praesentiae § 11—15. 39. uberius tractatur, et docetur, fidejussores, ut beneficium iis impertiri possit, praesentes esse oportere.

1) de Vangerow l. l. p. 87 sqq.

correali ex ista solidi promissione nascente conveniat, tamen explicatione beneficii Novellae inspecta non dubitavimus singularem interpretationis hujus elegantissimae rationem habere. Primus enim omnium de Vangerow differentias, quae inter auxilium Nov. 99 et beneficia excussionis et divisionis, quale vulgari ex opinione accipitur, intercedant, subtilissime cognovit accuratissimeque descripsit, et quamquam eo non pervenit, ut beneficium Novellae et auxilium Epistolae d. Hadriani intelligeret inter se congruere, omnem tamen ea ex re vituperationem evadet, quippe qui non in Novellae, sed de Epistolae remedio laberetur errore.

Quae in sententia[2]) Vangeroviana ipsius auctoris propria sunt, eorum partim in fidejussione mutua explanata[3]) rationem habuimus, partim hoc loco habebimus. Quibus de rebus primum objectio per Ludovicum Rueckertum[4]) facta hic agnoscenda est, inde, quod Imperator debitum commune et partes ad debitores singulos spectantes memoraverit, justo plus colligi, emolumentum aequale e negotio contracto ad utrumque vel unumquemque reorum pervenisse. Sic factum est, ut Vangerow plane ad nihilum reduxerit, quod Heimbach de mutuo Imperatorem locutum esse[5]) admonuit. Porro Justinianus non ita rem proposuit, *ac si duae sint fidejussionis mutuae species,* de quibus *locuturus* sit, sed ita, ut ab aliquo *ἀλλ. ὑποθύνους* acceptos esse dicat, qui aut in solidum se velle teneri *adjecerint,* aut *non adjecerint.* Ideo Vangerow vocem *προςτίθημι* false reddidit (fidejussionem mutuam duplici modo *iniri* posse), quod si neget, quaestio ei opponenda est, quemadmodum ex duplici *ἀλλ. ὑπευθύνων* obligatione obligationem unam cor-

[2]) Cfr. § 8. — [3]) V. § 10. — [4]) Rueckert p. 41.
[5]) Cfr. § 14. III.

realem per solidi promissionem adjectam comparaverit[6])? Neque Vangerow ista vituperatione major esse videtur, in quam Burchardi[7]) incidit, quod eos *fidejussores* mutuos esse dicit, qui revera invicem tantum *intercedunt.* — Tum si naturam casus secundi, qualem Vangerow sibi finxit, intueris, eadem, quae Saviguio et Burchardio, venia condonanda ei non est. Primus casus enim ne casus secundi quidem illustrandi gratia a Justiniano taliter adjici potuit. — Postremum, quae de beneficio Novellae auctor noster exposuit, jam supra[8]) attulimus et comprobavimus.

II. Girtanner[9]) occasionem legis ex abusu desumsit[10]), quem obligationibus correalibus per creditores in fraudem Nov. 4 adhibiti commissum esse opinatur. Qui num pro verisimili habendus sit, alio loco[11]) comperiemus, cum vero Girtanner Vangerovium non imitetur, qui mutuam dicit fidejussionem etiam *sic iniri posse,* ut ἀλλ. ὑπεύθυνοι duo rei promittendi facti invicem intercedant, hanc ei quaestionem obtendimus, quomodo fieri possit, ut ἀλλ. ὑπεύθυνοι, quos primo in casu Novellae duabus obligationibus obstrictos esse dicit, voce »in solidum« vel promissione solidi adjecta correi tantum debendi fiant h. e. una tantum obligatione teneantur? Imperator enim promissionem solidi ad obligationem principalem non restrinxit. — Porro Girtanner, ne ἀλλ. ὑπ. modo fidejussores esse, modo tacite intercedere viderentur, ita ratiocinatus est: quia in contractu nemo debitor praecipuus (»Hauptcontrahent«) declaratur, sed quisque existimatur negotii commodis pro rata fruitus esse, Justinianus e natura obligationis et voluntate partium constituit, ut omnes principaliter pro

---

[6]) Cfr. § 17. II. — [7]) Cfr. § 16. I. in f. — [8]) Cfr. § 15. IV.
[9]) Cfr. § 8. — [10]) Girtanner l. l. p. 127, 2. — [11]) Cfr. § 26.

portionibus virilibus atque fidejussores mutui pró partibus ceterorum in subsidium teneantur, neque obligationem correalem in obligationem principalem et accessoriam resolvit, quia judex non jubetur inquirere, quatenus quisque ex ipso negotio principaliter, quatenus accessorie obligatus sit, sed obligatio semper in partes viriles dividitur. — Quae decidendi ratio quam violenter Imperatori obtrudatur, superfluum est demonstrare, qui vero sententiam universam accurate perspexerit, persuasum sibi habebit, et ἀλλ. ὑπ. etiam ex hac interpretatione in casu secundo intercessores permanere, et Girtannerum cum Burchardio propositionem Justiniani ita convertisse et perturbasse[12]), ut verbis Εἰ γάρ τις κτλ. dispositionem obvelatam inesse significetur.

Priusquam ad sententias sequentes Ludovici Rueckerti et Adolphi Dedekindii transgredimur, admonemus, ne quis praetervideat, quanti eorum auctorum interpretationes ceteris omnibus eo praecellant, quod propositiones fictitias omnimodo fugerint et veri verborum sensus attente et accurate rationem habuerint. Qua laude imprimis Ludovicum Rueckertum dignum judicamus, qui, quamvis »contorta« ejus explicatio Dedekindio jure visa sit[13]), tamen difficultates Novellae penitus perspexerit, quas evitaturus in errores quidem incidit, quorum tamen prae ceteris excusationem meretur, quippe qui omni studio etiam in damnum sententiae propriae eleganter et concinne contexendae ad veritatem niti maluerit, quam impedimenta sibi obstantia vanis verborum ambagibus obvelare.

III. Rueckert[14]) ἀλλ. ὑπ. »alterna fidejussione obligatos« esse existimat, et »de iis agi, qui omnes principaliter

12) Cfr. § 16. I. — 13) Dedekind p. 182. — 14) Cfr. § 8.

se una obligaverint, et invicem inter se principaliter fidejusserint.« Vocem σύμφωνον de pacto, quo singuli in solidum se obstrinxerint, intelligit et valde dubitans, cui ἀλλ. ὑπευθύνων obligationi id pactum adjici oporteat, ad Savignium[15]) provocavit, qui affirmat, in contractu mutui debitores, re obligatos, pactis adjectis correos fieri potuisse. Ideo Rueckert pactum obligationi principali addidit. Tum ita propositionem Novellae disponit: Justinianus verbis »Εἰ γὰρ — τινάς« solos fidejussores mutuos indicat accipi, quorum mutua fidejussio aut negotio principali antecessit, aut eodem tempore, quo et illud, facta est. Itaque haec mutua fidejussio tam ad eum casum respiciet, ubi debitores simpliciter et pro parte simul contrahunt, quam ad eum, si postea pactum adjiciunt, ut singuli in solidum teneantur. Justinianus enim primum eum casum proponit, si plures fidejussores mutui debitum commune simpliciter contraxerint, ita ut principaliter pro partibus teneantur, tum ad eum casum »transit«, si plures communiter debitum contraxerint, cui pactum, ex quo correi facti sint, addiderint, ita ut tam principaliter debere, quam »principaliter intercedere« videantur. — Beneficium Novellae (praecipue cum Bartolo) hocce profiteri videtur: Creditor omnes convenit, qui in hunc modum condemnantur, ut unicuique totum solvendum sit, nisi a ceteris quid servari posse probet. Creditor ideo actione judicati inducitur, ut sponte, quatenus quisque solvendo sit, exploret, et si apparuerit, non omnes solvendo esse, idem creditor ceteros ultra partem virilem exiget, quo ab iis id consequatur, quod a pauperibus nancisci non potuerit.

Quae interpretatio subtiliter et sagaciter ab auctore

15) Savigny Obl. R. Bd. I. p. 156.

excogitata est, verumtamen comprobari nequit, sed documentum clarissimum est, quo illi perveniant, qui a falsa vocis ἀλληλ. ὑπ. notione exorsi sequentem legislatoris orationem accurate interpretari studeant. Vocem ἀλλ. ὑπ. Rueckert cum Haloandro ita explicat, ac si »ἀλληλέγγυοι« scriptum esset, et cum Haloandro e verbis καὶ μὴ τὸ κοίνον χρέος κτλ., quibus Imperator de utilitate constitutionis suae nimio sui amore praedicavit, additamentum propositionis illius, quae verbis Εἰ γὰρ κτλ. continetur, depromsit, id quod jam ideo non permittitur, quia verba illa ad secundum tantum casum respiciunt, qui juxta Rueckertum a priore omnimodo differat. Deinde vocem σύμφωνον, quae simpliciter id significat, quod inter partes convenit, pro pacto h. e. pro negotio juris certo habuit, dum Imperator simpliciter de adjectione quadam, ex qua etiam unus in solidum teneatur, locutus est. Id pactum porro contractui principali[16]) addidit, dum ex ipsius sententia

[16]) Dum Ribbentrop (l. l. p. 111. not. 13) e causa mutui correos non nisi stipulationibus adhibitis posse constitui annotavit, Savigny l. l. ob fragmentum quoddam Ulpiani (lib. XXVI. ad Ed.) L. 7 de R. C. (»Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae: et ideo et conditiones«) eam regulam infitiatus est, et pactis correos perinde atque in bonae fidei obligationibus fieri posse dicit, cujus rei documenta tria Diocletiani rescripta L. 5. 9. 12. C. si cert. pet. allegavit. Quod primum ea rescripta attinet, jam id dubitationem contra Savignium moveat necesse est, quod idem Imperator in L. 9 C. de non num. pecu. generaliter rescribit: »Cum *ultra hoc,* quod *accepit, re* obligari posse neminem constet«, quocum conjungendum est, quod L. 5 C. cit. dicit: »frustra veremini, ne ejus pecuniae nomine (creditor) vos convenire possit, quam alii mutuo dedit« et »cum si reddendi stipulatio nulla subjecta est, ... in suo statu remanente eo, quod vere factum intercessit.« Argumentum, quod ex illis legibus Savigny derivavit, eo constat, quod dici videatur, plures »re« in solidum

magis ad fidejussionem mutuam pertinere videretur, si ἀλλ. ὑπ., quibus in accipiendis illud σύμφωνον adjicitur, vice mutua fidejussores essent. Quomodo autem Rueckert dispositionem, quam tentavit, propositionis justam reddi-

---

se obligasse. Id argumentum autem non probat, quod probandum fuit, quia non affertur, obligationem, quae numeratione pecuniae orta sit, pacto adjecto in obligationem correalem mutari, et Savigny ipse agnoscit, sola numeratione per se nec tempore classico, nec tempore Justinianeo quemquam ultra id, quod acceperit, obligari. Praeterea autem leges disputatas recte ita interpretamur, ut Imperator in L. 5 C. cit. Pluralem (»Si non singuli in solidum accepta mutua quantitate vel .. vos obligastis«) juste adhibere videatur, etiamsi unus tantum »re« in solidum obligatus esse possit, cum alteruter totam pecuniam accepisse proponatur et certa unius persona non demonstretur, quare utrique recte rescribit: »Si vos .... obligastis.« Cfr. L. 4 C. de duo. reis. L. 17 pr. de pactis. Aliud quoque de L. 12 C. cit. accipiendum non est, cujus legis sensum perspectum habebis, si ita materiam ejus disposueris: »Si nec re nec solennitate verborum vos obligastis in solidum, sed cum Jone in rem communem mutuam sumsisti pecuniam et si eam post integram solvisti rell.« — Quod tum ad L. 7 cit. respicit, ipse Ulpianus (in eodem ad Ed. libro) L. 11. § 1 de R. C. et Paulus L. 17 pr. cit. regulam a Ribbentropio propositam confirmant, cui et Papianus L. 9 pr. de duo. reis assentit. Ideo negamus Savignium L. 7 cit. merito extendisse. Ulpianum enim pactum adjectum, quo natura mutui funditus evertatur, in mente non habuisse, jam verbum »inseri« et exemplum, quod jurisconsultus adhibuit »et ideo et conditiones«, docent, quod exemplum etiam Savigny alio loco (System Bd. 6. § 268) adeo valere non putavit, ut fragmentum, de quo agimus, ad pactum usurarum, quod pecuniae mutuae datae adjiciatur, extendere voluerit, licet pactum illud accessio tantum obligationis sit. Quo jure igitur supremam pecuniae numeratae legem ob illud fragmentum sustulit? — Quamobrem non temere negare mihi videor, quod Savigny nimis generaliter scribit: »Unter diese selbstständig wirksamen Nebenabreden gehörte nun gewifs auch das Correalverhäitnifs, bei welchem Niemand zweifeln kann, dafs es unter die Dinge gehörte, quae inseri stipulationibus possunt.«

turus sit, aequo jure dubitatur, quam quomodo id Vangerovio contingat. Nam Rueckert cum Imperatorem a debitoribus, qui praeterea invicem fidejubeant, ad aliud quoddam genus intercessionis transiisse dicat, res non aliter se habet, quam cum Vangerow rem ita describit, ut duplici modo fidejussio mutua *ineatur*, quod si ad Imperatorem referimus, rursus ad idem redit, quod Rueckert expressit. Denique Rueckert cum Girtannero eo pervenit, ut vox *ἀλλ. ὑπ.* modo fidejussores mutuos, modo invicem intercedentes significet, quod et ipse auctor aperte confitetur.

Quibus argumentis beneficium Novellae, quod Rueckert accepit, nitatur, quin quomodo id ipsum instructum sit, nullo modo assecutus sum, quamvis multum operae in iis indagandis consumserim. Tamen nisi omnia me fallunt, Rueckert fictionibus falsis, quas legislatori intuitu rationis probandi supposuit, semet ipsum decepit.

§ 18.

V. Quae contra sententiam Heimbachio-Dedekindianam afferenda sunt.

Dedekind[1]) de conjunctione Nov. 99 et 4 atque de voce *ἀλλ. ὑπ.*, qua »debitores vice mutua fidejubentes« cum Haloandro et Savignio indicari putat[2]), novi quid non attulit. Idem de primo Novellae praecepto[3]) dicendum est, in quo describendo dubitationis causas ita repellit, ut Justinianum vel potius Tribonianum puerili quadam levitate sperasse accipiat, e descriptione minus accurata, quam susceperit, dissensiones ortum non iri, cum Nov. 4 jam in prooemio mentionem fecerit, et paullo post effectum

1) Cfr. § 8. — 2) Dedekind § 78. not. 1. — 3) Dedekind p. 158. 159.

mutuae fidejussionis iterum[4]) explicaturus sit, quamobrem superfluum sit, omnia Novellae 4 praecepta repetere.

Quae sibi habeat! Quod autem ad secundum Novellae praeceptum respicit, Justinianus hanc ei quaestionem tractasse videtur, quomodo procedendum sit, si debitores vice mutua fidejubentes scripserint »debere se decem Titio, pro quibus vice mutua in solidum fidejussores esse vellent«, h. e. si vocem »in solidum« *fidejussioni mutuae* adjecerint, principaliter autem pro virilibus teneri pergant[5]). Ante Novellam 4 ea adjectio arg. L. 3 C. de fidejussor. nullius momenti fuit, »quia et cum hoc non adjiciatur, (fidejussores mutui) singuli tamen in solidum tenentur«, post eam autem promulgatam quaesitum est, nonne ejus adjectionis finis sit, ut beneficium excussionis cesset. Nam: »Postquam jus creditoris unum in solidum eligendi beneficio excussionis ad irritum reductum est, dummodo praesentes sint condebitores, non amplius superflua et inutilis talis adjectio videri potest[6]).« — Controversiam deinde, utrum ea adjectione facta beneficium excussionis cesset necne, ab Imperatore ita decidi sentit[7]), ut pactum quidem mutuae fidejussionis servandum sit (*φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον*), quamobrem creditori interim quemque secundum partem tantum, pro qua obligatus sit, neque statim in solidum exigere liceat (*οὐκ εὐθὺς . . . ἐνέχεται*)[8]), sed, ne talis adjectio cre-

[4]) Vide verba φυλάττεσθαι - ἐνέχεται. Cfr. Dedekind § 79. 82, l. 3.

[5]) Dedekind p. 161. nr. 1. — [6]) Dedekind p. 162. — [7]) Dedekind § 83.

[8]) Dedekind § 81. 82. Auctor igitur verbis οὐκ εὐθὺς .. ἐνέχεται sententiam intermediam, qua indoles mutuae fidejussionis (σύμφωνον) describatur, in morem Burchardianum dicit inesse, neque uncinarum isto remedio se abstinuit. Ad eundem scriptorem quodammodo vel revera pertinet ista cogitatio, quae inter jus ante et post Justinianum custoditum discrimen aliquod interfuisse asseverat.

ditori »funditus inanis vel inutilis« sit[9]), »*tum solum*« etiam in reliquos per eandem actionem invadere debeat[10]), si et idonei et praesentes sint idque constet[11]). Nam adjectione illa debitores invicem fidejubentes ostendisse, in conditione esse se velle severiore, quam in qua simpliciter invicem fidejubentes versari soleant[12]) — Novella 4 inspecta duplex igitur commodum creditori contigisse, alterum, quod ceteros debitores, qui ex Nov. 4 praesentes solum sint oporteat, etiam solvendo esse constare debeat, alterum, quod communiter una actione omnes conveniendi sint, dum actor secundum Novellam 4 pluribus actionibus cum singulis experiri debuisset[13]). Fidejussoribus autem, si Epistolae d. Hadriani beneficium intuearis, in hunc modum subveniri Dedekind putat, quod judex inquirere jubeatur, qui solvendo sint, neque id probationis onus fidejussori electo incumbat[14]). Postremum Dedekind jus in antea conventos redeundi creditori concessit[15]).

Dedekindium a falsa sententia de mutuae fidejussionis natura exorsum esse, jam antea[16]) comperimus, neque igitur mirum est, quod ea fretus falsam e Novella summam derivavit. Nam uti ante Nov. 4 latam debitores, de quibus agit, in solidum non tenebantur, ita neque post eam latam quaestio oriri potuit, nonne adjectione illa facta beneficium excussionis cesset, quia obligatio fidejussoria accessionis naturam ac formam retinuit, quae etiam beneficio excussionis ab obligatione principali magis adhuc separata est. Ideo adjectio vocis in solidum, quae ad mutuam tantum fidejussionem fit, nullam inter obligationem prin-

[9]) Dedekind p. 162. — [10]) Dedekind p. 160. — [11]) Dedekind p. 160 coll. p. 165 et 166. — [12]) Dedekind p. 166. — [13]) Dedekind eod. [14]) Dedekind p. 167. — [15]) Dedekind p. 166. not. 1. — [16]) V. § 10.

cipalem et accessoriam societatem introducit, quod requireretur, si beneficio excussionis contraria visa esset, sed ad summum ea cavetur, ne fidejussor, si cum pluribus eandem debitoris alicujus partem in fidem suam receperit, objicere possit, pro ea se parte non in solidum, sed pro parte tantum fidejussisse. Aliud quoque est, totum obligationis fidejussoriae debitum h. e. in solidum adpromittere, aliud, beneficio excussionis renunciare h. e. promittere, principaliter quodammodo se velle teneri.

Sic fundamento concusso et ipsae aedes corruunt. Quod autem ad singulas hujus interpretationis partes attinet, sententia illa intermedia non solum ob ea, quae attulimus, in integrum restituenda, sed etiam prorsus tollenda est, qua vocabulum *μέντοι* omni sensu privetur et quam Accusativi cum Infinitivis omnino excludant. Ad quod accedit, quod hujus sententiae intermediae causa Dedekind, uti Vangerow[17]) recte notavit, verba »tum solum« supplere cogitur, licet ipso in textu Graeco tale quid non inveniatur. Porro auctor contentus non est jam semel legislatorem Nov. 4 praecepta describentem fecisse, sed iterum atque iterum eum superflua garrientem reddidit[18]).

Quod denique beneficium Novellae attinet, primum verbum *φανείη*, quod ad summum »apparere« significat, immerito »constare« transtulit, atque cum judicis esse voluerit, ut inquirat, qui solvendo sint, sane intelligi non potest, quae singularis ejus vocis vis sit. Neque ideo, quod judex causam examinare debet, et omnium reorum facultates examinabuntur, accipiendum est, probationem non a partibus judici fieri oportere. Deinde praesentia

---

17) Vangerow l. l. p. 96. 97. — 18) Cfr. not. 4.

non minus conditio beneficii divisionis[19]), quam conditio excussionis est. Communem omnium conventionem non tantum beneficium excussionis egredi, sed ei prorsus contrarium esse, supra docuimus. Postremum jus in antea conventos redeundi, quod ob verba εἰ δὲ ἀπόρως-ἠδυνήθη accipit, et in quo auctor magnum inter beneficium divisionis et beneficium Novellae nostrae discrimen existere dicit, e verbis laudatis concludi non potest, si Dedekind suam vocis φανείη notionem et communem omnium conventionem constanter conservet. Eo enim, quod ceteri solvendo non sunt, apparet, creditorem ab iis nihil consecuturum esse, quamobrem si judex debitum inter omnes, qui solvendo sint, distribuere debeat, et ipse perscrutatus sit, qui solvendo sint, debitum non distribuat necesse est inter eos, qui solvendo non sint, immo vero partes pauperum locupletibus irrogabit. Ipse creditor illorum facultates nullatenus excutiet[20]).

II. Cum et ipse Heimbach[21]) arbitretur, vocem in solidum fidejussioni mutuae adjici, et praeterea idem, quod Dedekind, fundamentum obligationis principalis et accessoriae habeat, ejus de sententia separatim disseramus opus non est, cum Dedekind admodum constanter principium suum explicasse mihi videatur.

§ 19.

Respectus.

Quas sententias §§ antecedentibus ita perlustravimus, ex iis imprimis sententiae Rückerti et Dedekindii docuerunt,

---

19) Diss. mea cit. § 11—15. 39. — 20) Videsis § 15, IV. § 38.
21) Cfr. § 8.

vocem ἀλλ. ὑπ. neque ad solam mutuam fidejussionem pertinere, neque duas obligationes, alteram principalem, alteram accessoriam, amplecti, immo vero adjectione solidi unam eandemque obligationem requiri. Quam investigaturi quum veram verborum ἀλλ. ὑπευθ. notionem eruamus oportet, tum regulae nobis mutui dati observandae sunt, cujus expresse mentionem fecerit Justinianus.

Porro satis probasse mihi videor, beneficium excussionis in Novella 99 non dari, dum ex altera parte de Vangerow cum aliis adversariis justissime contendit, beneficium Novellae beneficium divisionis non esse. Quodsi tamen ad opinionem communem accedo et beneficium Epistolae divi Hadriani per Novellam duobus reis promittendi tributum esse dico, probatio mihi incumbit, beneficium divisionis Epistolae aliud esse, quam quale hodie inter omnes accipiatur. Cujus probationis onus in dissertatione saepius laudata cum in me susceperim, haec sententia tunc demum in omnes partes satis percipi et examinari poterit, si et illa manibus lectorum tradita erit; interim autem, quae ad hanc commentationem spectant, ita dijudicentur, ut, quatenus verbis et rationibus Novellae respondeant, inquiratur. Nam id tantum hic meum erit, ut impedimentis, quae beneficio divisionis obstare videntur, ablatis indolem beneficii Novellae accurate exponam.

Impedimentum autem beneficio divisionis periculosissimum ea prooemii interpretatio est, quam Haloander, Schragius, de Hombergk zu Vach, Gustavus Asverus proposuerunt, quamque penitus falsam esse in parte sequenti commentationis ostendemus.

PARS TERTIA.

Opinio communis defenditur.

Caput I.

Quomodo Novella XCIX a legislatore conjungi potuerit cum Novella IV.

§ 20.

I. Interpretatio prooemii Nov. XCIX grammatica.
1. Interpretationes priores.

Quae exstant interpretationes prooemii, eae paene omnes ab adversariis opinionis communis proditae sunt, neque in fautorum numero quisquam exstitit, qui sensus ejus accurate eruendi periculum fecisset. Quin glossa quaedam[1]) docet, ne translationem quidem Vulgatae[2]) ejus aetatis doctoribus perspicuam fuisse, et, quamquam postea A. A. Pagenstecher[3]) eandem versionem rectius intellexit, et Joannes Goeddaeus[4]) conjunctionem Novellarum non imprudenter

[1]) Gl. Egere ad Nov. 99. »sc. ea l.« (lex).

[2]) »aliud nobis visum est egere quadam explanatione et incremento.« Citatur secundum Corp. juris civ. ed. per fratr. Kriegelios, Hermannum, Osenbrueggenium.

[3]) A. A. Pagenstecher l. l. Cap. VII. § 4. »Quod firmari videtur ex τῷ »*aliud*«, quod vides d. Nov. praef., quod *opponitur* τῷ »fidejussoribus«, quod praecesserat: unde consequitur, de fidejussione Justinianum d. Nov. non agere.«

[4]) Goeddaeus l. l. n. 133. »Non ergo hic voluit declarare et interpretari dict. Nov. 4, sed potius occasione ejus Novellae, quia multa

exposuit, tamen ipsum textum Graecum, jam per se difficultatibus implicatum, ab Haloandro autem magis adhuc obscuratum et perturbatum, nemo ex iis, qui communem opinionem sequuntur, hucusque aggressus est. Itaque interpretationibus adversariorum rejectis necesse est ex ipsis textus Graeci verbis veram, quam legislator in mente habuerit, Novellarum conjunctionem demonstrare. —

Justinianus sic praefatus est:

»Ἴσμεν πρῴην τεθεικότες νόμον περὶ ἐπιλογῆς μανδατώρων τὲ καὶ ἐγγυητῶν καὶ ἀντιφωνητῶν[5]*) πολλὰς ἔχοντα καὶ κοινωφελεῖς τοῖς ἡμετέροις ὑποτέλεσι νομοθεσίας· ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος καὶ ἑτέρας ἡμῖν ἔδοξε δεῖσθαι τίνος ἐπεξεργασίας τὲ καὶ προςθήκης οὐκ ἀγεννοῦς, οὐδὲ τῷ κοινῷ τοῦ πολιτεύματος ἀλυσιτελοῦς καθεστώσης.«*

Quae verba *Haloander* ita transtulit:

»Scimus pridem nos *legem* de electione mandatorum rell. tulisse, **quae** *tametsi* multas et in commune omnibus collatoribus nostris utiles legislationes complectitur: in praesentia tamen et alia quapiam expolitione et neque ignobili contemnendaque nec communibus reipublicae usibus inutili constituta appendice indigere nobis *visa est.*«

Ex sententia igitur Haloandri, qui totum prooemium una periodo amplectitur, Novella const. 4 Imperatori, quamquam multa praecepta utilia contineat, tamen Novella 99, tamquam appendice et expolitione, indigere visa est.

utiliter innovaverat circa fidejussores et mandatores et constitutores, aliquid novi introducere circa plures reos promittendi.«

[5]) V. Girtanner p. 429. not. 6. Burchardi l. l. p. 57. not. 25. Vangerow l. l. p. 160.

Translatione autem Haloandrina cum textu Graeco comparata elucet, Haloandrum verba »quae« et »tametsi« subintellexisse iisque et praecipue Pronomine vinculum strictissimum inter legem latam et legem ferendam effecisse. Quamobrem Haloandrum merito arguimus falsi. Imperator enim non scripsit: »Ἴσμεν πρῴην τεθεικότες νόμον .. ἔχοντα, ὅς .. ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος .. ἔδοξε δεῖσθαι,« sed Pronomine illo relativo non usus periodum, quae ad Nov. 4 spectat, a periodo sequenti »ἐπὶ .. καθεστώσης« segregavit, cum in priori Accusativum (νόμον) adhibuerit, dum, si idem »νόμος« Subjectum esset Verbi »ἔδοξε« et periodi posterioris, necesse ei fuisset Nominativum scribere. — Sed fortasse Haloander non immerito credidit Ellipsin adesse. Quod si crediderit, »ἡμῖν ἔδοξε« personaliter scriptum acceperit oportet. Verum nulla causa adest, cur ad Ellipsin nos confugiamus, quae nonnisi necessitate cogente accipienda est[7]). Nam »ἡμῖν ἔδοξε« et impersonaliter scriptum esse potest. Deinde et si Ellipsis adesse et »ἡμῖν ἔδοξε« Subjectum requirere videretur, violenter tamen conjecit, legem, de qua nuper antea Justinianus locutus sit, Subjectum esse. Haloander enim Pronomine relativo (»quae, tametsi rell.«) assumpto verba sic transtulit, quasi Imperator scripsisset: ὁ αὐτός νόμος ἐπὶ δὲ τοῦ .. ἡμῖν ἔδοξε δεῖσθαι.« — Tum, quamvis Pronomen relativum violenter adhibuerit, violentius tamen id Pronomen inter »ἀντιφωνητῶν« et »πολλὰς ἔχοντα« intrusit, cum Imperator Accusativo Participii (ἔχοντα) usus sit, dum translatio Haloandri, quae Pronomine ante Participium posito Participium appositionem ad

---

[6]) Cfr. Schragius p. 16 sqq.

[7]) Cfr. Godofr. Hermannus ad Fr. Vigeri de praecip. Graecae diction. idiotism. libr. Edit. III. Lips. 1822. p. 869 sqq.

Pronomen respicientem faciat, Nominativum (ὅς πολλὰς ἔχων - ἔδοξε) postulat[8]). Eodemque Pronomine supposito et ante Participium collocato Haloander assecutus est, ut Participium per Particulam *adversativam* »tametsi . . complectitur« vertere potuerit[9]). Pronomine enim eo loci non inserto Imperator ipsam legem (Nov. 4) et utilitatem, quam haec lex habuerit, inter se nequaquam opponit. Quis enim contendere audet, legislatorem praefatum esse: »Scimus nos legem tulisse, tametsi multas et in commune utiles legislationes complectitur«? quasi legislatorem deceret, tales tantum leges promulgare, quae civibus inutiles, quin et perniciosae essent. Immovero Participium propter Verbum εἰδέναι pro Praedicato, ut hac voce utar, habendum est[10]). — Quae cum ita sint Haloander sciens prudensque textum commutasse videtur ejusque interpretatio prorsus falsa est. Praeterea autem idem argumentum contra Haloandrum afferri potest, quod paullo post Asvero opponemus. —

de Hombergk zu Vach[11]) verba Graeca sic reddidit:

> »Scimus nos pridem de electione mandatorum fidejussorum et sponsorum legem tulisse, in qua multa — sancita sunt. Impraesentiarum vero alia quadam explanatione — egere nobis visa est.«

Si accipi possit, Hombergkio Subjectum Verbi »visa est« *electionem* mandatorum cett. fuisse (non ipsam legem),

---

8) G. Curtius: Griech. Schulgrammat. 2. Aufl. Prag 1855. Vorbem. nr. 12. cfr. nr. 5. p. 180. 179.

9) Cfr. Curtius l. l. § 582. 579. 578.

10) K. W. Krueger, Griech. Sprachlehre f. Schulen. Berlin 1850. § 56, 7. A. 1 et 9.

11) Cfr. Corp. jur. civ. ad h. Nov.

ea translatio nulla reprehensione digna foret. Asverus autem ea versione fretus Novellam 4 alia explanatione egere perhibuit, id quod, quoniam Hombergkius e defensoribus opinionis communis non fuit, prorsus infitiari non possum. Magis tamen expediet, ad ipsam Asveri explicationem transire.

Asverus[12]) ad Verbum *δεῖσθαι* Subjectum *τὸν νόμον* supplevit, et quamvis minus violenter, quam Haloander prooemium interpretatus sit, tamen ne ista quidem suppositio ferenda est. Ne regulas et argumenta Haloandro objecta repetamus, potius ex universae interpretationis summa deducemus, supplementum Asveri falsum esse. Asverus textum Graecum cum Haloandro vertit:

> »*quae* nunc indiget alia quadam explanatione et adjectione«

dum ex sua sententia vertere debuit:

> »In praesenti visum est, eam legem alia quadam explanatione et adjectione — indigere.«

Sed sive illo, sive hoc modo verba transferre malis, semper hunc iis sensum inesse liquet: Nov. 4 *jam semel* explanata est et additamentum accepit, nunc vero **alia** (*ἑτέρας*) explanatione et adjectione indiget. — Ubi autem prior ista Novellae 4 explanatio exstat? quod antea additamentum illi constitutioni factum est? cum Nov. 99 **alia** h. e. **nova** explanatio et **novum** addidamentum Novellae 4 esse dicatur. — Quod ergo cum ineptum sit, et ne tum quidem, cum *ὁ νόμος* ad »*ἔδοξε*« trahitur, verba sensu meliori instructa esse videantur, hanc suppositionem Asveri tamquam falso applicatam rejicimus.

---

12) Asverus p. 46. 47.

Quod denique Vulgatam attinet, quae ita sonat:

»In praesenti vero et *aliud* nobis visum est egere quadam explanatione et incremento, *non ex genere*, neque usui imperfecto et inutili consistente,«

eam translationem magis liberiorem, quam falsam esse censeo, cum, licet »*aliud*« explanatione indigere dicatur, verbis »non ex genere« additis prohibeatur, quominus omnis Novellarum conjunctio tollatur.

§ 21.

2. Quae prooemio vere contineantur.

Justinianus in prooemio saepius Nominibus Articulos (»*νόμον*« — »*περὶ ἐπιλογῆς*« — »*μανδατώρων*« — »*ἑτέρας ἐπξεργασίας*«) non praemisit, quod cum in sermone Latino exprimi non possit, translatione Germanica cavendum est, ne negligatur:

»Ueber Election von Mandatoren u. s. w. haben wir ein Gesetz erlassen. Jetzt scheint uns eine anderweite Fortbildung und ein verwandter Zusatz nöthig zu sein.«

Quam sententiam summam rectae prooemii interpretationis esse, disputatione sequenti demonstrabimus:

»*Ἡμῖν ἔδοξε*« personaliter aut impersonaliter scriptum esse potest. Si personaliter scriptum est, *ἐπιλογὴ μανδατώρων κτλ.* Subjectum suppleatur necesse est. »*Νόμον*« enim ex interpretatione Asveri scimus subintelligi non posse, et idem ex voce »*ἑτέρας*« impedimentum voci »*νομοθεσία*« adjiciendae obstat[1]. Praeterea cum vocabulum »*ἐπιλογή*« propius vocabulo »*νόμος*« a voce »*ἡμῖν ἔδοξε*« absit, Imperator ait: Nobis electio mandatorum rell. visa est

[1]) Videsis, quae paulo post explicabimus. Aliis argumentis opus esse non videtur.

indigere nova retractatione cett. — Jam supra[*]) autem vidimus vocem »μοὶ δοκεῖ«, »ἡμῖν δοκεῖ« impersonaliter scribi, praecipue si in legibus occurrat.

Quod, quia de lege interpretanda agitur, praestare videtur, et cum igitur rectius accipiamus, Justinianum sensu impersonali vocem adhibuisse, magnopere intererit certo modo explorare, utrum Verbum »δεῖσθαι« personaliter, an impersonaliter sumendum sit. Si personaliter scriptum sit, fortasse vox »ἑτέρας«, quam Accusativum Pluralis aut Genitivum Singularis esse aequo jure perhiberi potest, Subjectum sit, ad quod tam ob Accusativum Pluralis, quam propter locum, in quo positum est, Substantivum »νομοθεσίας« suppleri oporteat. Quo casu Justinianus praefatus esset: »Legem tuli, quae praecepta utilia habet. Jam censeo (»mihi visum est«), alia quoque praecepta et retractatione et adjectione quadam egere.« Sic autem non tantum conjunctio omnis Nov. 99 et 4 everteretur, sed etiam Justinianus ridicule et superfluo Nov. 4 mentionem fecisset. —

Unde sequitur, »ἑτέρας«, quod per se ne ullum quidem sensum efficiat, Accusativum non esse, sed Genitivum, qui ad solum vocabulum »ἐπεξεργασίας κτλ.« pertinere possit.

Δεῖσθαι autem, etiamsi »ἑτέρας« Genitivus sit, ita tamen personaliter percipi potest, ut aliud Substantivum Subjectum adsciscatur. Cum vocabulum »νομοθεσίας« per se non magis, quam Pronomini ἑτέρας adjectum sensum idoneum praebeat, idemque de »νόμος« dicendum sit, superest, ut ad »ἐπιλογὴν« animum iterum convertamus. Tum ele-

[*]) Cfr. § 15. III. Cfr. Pape, Handwörterbuch der griech. Sprache. Braunschw. 1842. s. v. δοκεῖν.

gantissime Imperator dicit: Legem tuli de electione mandatorum, fidejussorum, constitutorum (»von Mandatoren u. s. w.«). Jam censeo (»mihi visum est«) electionem (eam) alia retractatione et adjectione egere.

Quoniam autem supplere tum tantum licet, si vera necessitate urgente cogimur, propius et rectius est, ut *δεῖσθαι* impersonaliter scriptum intelligamus. Tum Justinianus satis clare ac lucide in hunc modum praefatus est:

> De electione mandatorum cett. legem utilissimam antea tulimus. Jam vero censemus (nobis visum est), alia retractatione et additamento opus esse, (quod non ex genere est neque communi reipublicae usui inutile). —

Qui nobiscum et cum Vulgata vocem «*ἀγεννοῦς*« ex *ά* privativo et »*γένος*« compositam esse accipiat, non vero cum Haloandro »neque ignobili«, aut cum Hombergkio »non inepta« transferre velit, ei supplemento aliquo opus non erit. Qui autem his interpretibus consentire malit, et e nobis quaerat, qua de re legislatori alia retractatione et additamento opus esse videatur, eum ad verba »*περὶ ἐπιλογῆς μανδατώρων τὲ καὶ ἐγγυητῶν καὶ ἀντιφωνητῶν*« ablegabimus, neque dubium esse potest, quin sic rectissime ablegetur. —

Plurimi scriptores, imprimis qui opinioni communi resistunt, non curant, quod Justinianus mandatorum et constituentium non minorem, quam fidejussorum habuit rationem. Quid autem de fidejussoribus, quales illi volunt, mutuis legem laturus illorum quoque mentionem fecit? quid fidejussores, quos in Nov. 4 mandatoribus et constitutoribus anteposuit, in Nov. 99 inter mandatores et constitutores intromisit? Quid magis superfluum, quid in-

elegantius? Solum Savignium eae quaestiones videntur non fugisse, qui admodum caute scripsit[8]), in Nov. 4 de »verschiedene *Arten* von *Bürgen*« agi. Verum neque Justiniano imperante, neque unquam antea mandatores et constitutores fidejussorum species fuerunt. Immo mandatores, fidejussores, constitutores generali intercedentium nomine comprehenduntur atque hoc commune habent, *quod pro debito alieno tenentur*.

Nov. 99 cum Nov. 4 vinculo ejus notionis, quod debitores utriusque constitutionis pro aliis obnoxii sunt, postea conciliabitur. Hic autem satis est annotare, hac nostra interpretatione prooemii apparuisse, conjunctionem Novellarum minus astrictam, quin levissimam esse. — Postremum etiam, quae Novellae nostrae ferendae occasio esse potuerit, perscrutabimur, cujus quidem investigandae non credimus magnopere referre, dummodo quae vere legislator edixerit explorata habeamus.

§ 22.

II. De electione (*ἐπιλογή*). — 1. Diversae scriptorum sententiae describuntur.

De effectu electionis inter correos, fidejussores, mandatores, ceterosque debitores, qui in solidum tenentur, inter scriptores antiquitus magna fuit controversia, qua de alio loco[1]) copiosius disseruimus. Hic vero ejus tantum refert, exponere, quas doctores de ipsa electionis notione sententias tulerint, qua in re simul lectorem ad ea quoque relegamus, quae istic scripta sunt.

---

[8]) Savigny Obl. R. Bd. I. p. 280.

[1]) V. diss. meam de benef. divis. § 2 sqq. § 18 sqq.

Electionis vocabulum ad eas non singulariter pertinet obligationes, quibus de hic agitur, id quod mox ex ipsis fontibus probabimus. Immo vero hac voce in universum significatur, e pluribus rebus vel personis, quae eligendae offeruntur, unam sumi. Itaque verbum hocce in omnibus paene juris materiis recte utendum dabatur, sed ex ipsa ejus notione sequitur, id maxime de pluribus reis promittendi rell. aptissime adhiberi, id quod factum esse permulti fontium loci ostendunt. Neve obliviscaris, obligationem praecipue per institutam actionem exerceri, ita ut vox electionis saepissime de actione intelligatur oporteat. Diversi autem actionis, qui ante et post Justinianum in his nostris obligationibus obtinebant, effectus Glossatoribus et omnibus usque ad nostrum tempus scriptoribus matres fuerunt dissensionum, quae inter eos in doctrina electionis disputari solebant.

Quod autem ad notionem electionis respicit, sententiae ex eo profectae sunt diversissimae, quod alii electionem nonnisi de actione contra unum e pluribus debitoribus, qui in eandem summam obligati sint, in solidum mota, alii de persona, in solidum aut pro parte convenienda, intelligunt, quin etiam de parte debiti ab uno debitorum extra judicium soluta, quo casu eundem a creditore electum esse dicunt. Quae inde evenire praecipue falsa L. 18 C. de pactis et L. 23 C. de fidejussor. interpretatione perducti docuerint, in dissertatione nostra saepius laudata rogamus ut inspicias.

Neque apud Joannem, neque apud Azonem, neque in Glossa Accursii electio de parte petenda vel extra judicium recipienda intelligitur, sed a Cino[2]) demum Pistoriensi

[2]) Cinus ad L. 18. C. de pactis nr. 1.

eam ultra meram petitionem solidi extensam esse novimus: Cujus doctoris exemplum secuti sunt Albericus[3]) de Rosciate, Bartolus[4]) de Saxoferrato, Baldus[5]), Joannes Sichardus[6]), Jacobus Cujacius[7]), Donellus[8]), Joannes Voetius[9]), Schmidius[10]), de Wening[11]), dum Paulus de Castro[12]), Diodorus Tuldenus[13]), Bachovius[14]), Benedictus Carpzovius[15]) vocem istam ad petitionem solidi restringere videntur. Permulti quidem alii scriptores de vi petitionis sive in solidum, sive pro parte factae verba fecerunt, sed hic cum agatur de notione, quam ipsi verbo electionis inesse varii auctores voluerint, ea res ad nos non respicit.

§ 23.

2. Quid sit electio.

»Electio« quasi vox technica juris Romani ad correos debendi et fidejussores proprie non pertinuit, sed de omnibus

---

3) Albericus ad L. 18. C. cit. nr. 3.

4) Bartolus in II. P. Dig. novi ad L. 51. § 1 de fidejuss.

5) Baldus ad L. 16. C. de fidejuss.

6) Joa. Sichardus l. l. ad L. 2. C. de duo. reis nr. 16.

7) Cujacii Opp. post. T. VII. col. 428 ad L. 16. C. de fidejuss. Cfr. T. I. col. 33 ad L. 2 de quib. reb. ad eund. jud. — col. 327 ad L. 38 de admin. tut. — Opp. pr. T. I. col. 206 ad § 4. J. de fidej. not. 7.

8) Donellus l. l. ad L. 23. C. de fidej. nr. 9 sqq.

9) Voetius l. l. p. 906 ad tit. D. de duo. reis nr. 4.

10) Schmidius l. l. § 237. 238.

11) de Wening l. l. p. 397 sqq.

12) Pauli Castr. Comm. in Cod. ad L. 18. C. cit. nr. 3.

13) Diod. Tuldeni Comment. ad Cod. Lovan. 1651. ad tit. C. de duo. reis nr. 1.

14) Bachovii Not. et anim. ad Treutl. Disp. post. Vol. II. Heidelb. 1619. Disp. XXVIII. vers. Differt. igitur.

15) B. Carpzovius l. l. P. II. Cap. XVII. D. IX. nr. 12.

rebus personisve aeque adhibetur, e quibus ceteris relictis una sumitur. Quae explicatio confirmatur: § 16. J. de obl. ex del. L. 10. § 1 de pactis. L. 36. § 3 de H. P. L. 5 de compensat. L. 56 mandati. L. 3 de testam. milit. L. 5 pr. L. 33 de leg. I. L. 8. § 3 de leg. II. L. 76 pr. de V. O. L. 2. § 5 ad L. municip. L. 1. C. de jurisd. omn. jud. L. 7. § 1 C. quod cum eo L. 2 C. de divid. tut. L. 1 C. de furt. L. 5 C. de fidejuss.

Quam notionem cum ad obligationes plurium debitorum solidarias applicamus, primum nulla probatione indiget, neminem pro parte eligi, quod aperte quoque L. 9 § 1 de tribut. act. L. 47. § 3 de peculio. L. 47 locati. L. 10 pr. de fidejuss. L. 2. C. cit. L. 6. C. Arbit. tut. L. 3. 23. C. de fidejussor. excluditur. Porro autem cum exercitium obligationis per actionem fiat, non miramur, quod in his obligationibus jurisconsulti Romani electionem praecipue ad actionem referunt, quin sola ea voce pro ipsa actione electa vel eligenda utuntur. L. 47 cit. »electionem conveniendi quem velit«. L. 1. § 17 de exercit. act. L. 33. § 2. L. 38 pr. de admin. tut. L. 35. § 6 de m. c. donat. L. 52. § 3. L. 71 de fidejussor. L. 1. C. de fidej. tut. L. 2. C. cit. L. 166 de fidejussor. et L. 1. § 43 depositi. L. 47. § 3 cit. L. 59. § 3 mandati. L. 45 de administr. tut. L. 39 de fidejussor. L. 3. 5. 19. 20. 21. 23. 28 C. eod.

Nemo ignorat, L. 28. C. cit. consumtionem quam vocant processualem per Justinianum sublatam et fidejussorum cett. obligationes omnino mandatorum conditioni exaequatas esse. Cum autem in mandatorum similiumque debitorum obligationibus actione in alterum instituta actio adversus alterum competens non consumeretur, quod in obligationibus duorum reorum cett. contrario modo se ha-

bebat[1]) et quoniam electio aut ad actionem refertur, aut pro ipsa actione adhibetur, quum consequens est, ut in his fidejussorum, mandatorum cett. obligationibus electione idem, quod actione tota in judicium deducta, effici legamus — cujus rei documenta sunt L. 9. § 1 cit. L. 47. § 3 cit. L. 10 pr. de fidejussor. L. 16. 28. C. eod. Paulli sent. rec. II. 17. 16 coll. L. 7. § 4 quod falso tutore. L. 1. § 43 cit. L. 52. § 3 de fidejussor. L. 23. C. eod.[2]) — tum regula illa, »creditorem electione sibi non praejudicare«, quam veteres juris doctores e L. 23 et ex ipsa L. 28. C. cit. praecipue hauserunt, apparet quanti hodie a nobis ducenda sit, qui consumtionis processualis effectus[3]) cognitos habeamus.

§ 24.

3. Electionem creditoris liberam tam beneficio divisionis correis debendi tributo, quam beneficio excussionis mandatoribus rell. dato impediri demonstratur.

D. L. 28. C. a. 531, Nov. 4. a. 535, Nov. 99 a. 539 latae sunt: itaque ille electionis effectus ad Novellas non

[1]) Quarum obligationum confusio mater fuit errorum, qui in quaestione nostra semper et ubique excitantur. Cfr. Schmidius l. l. § 243. not. *u*. — de Keller, Ribbentrop, Savigny quin iis erroribus imbuti non sint, nemo dubitat. Comprehendere autem nequaquam possumus, quomodo neque Puchta Pand. et Vorlesungen § 235 suspicatus sit, unde fons dissensionis hujus effluxerit.

[2]) De L. 15 C. eod. et L. 2 C. de fidej. tut. cfr. Keller, Litiscontestation und Urtheil. Zürich 1827. p. 437. not. 5.

[3]) de Wening l. l. p. 395 diversos effectus electionis correorum debendi fidejussorumque et electionis mandatorum e discrimine stricti juris et bonae fidei judiciorum descendere opinatus est.

spectat, electio autem ipsa h. e. »liberum experiundi arbitrium« ob eam rem alia natura instructa non est. Electionem novimus in solidum fieri oportere, neque minus hoc liberum adversus unum in solidum experiundi arbitrium creditoribus competere, qui correos debendi obligatos habeant, quam quibus fidejussores et mandatores in solidum teneantur. Quae potestas cum beneficio excussionis ejusmodi temperetur, ut creditor licentiam in solidum *quem velit* conveniendi non sine conditione habeat, sequitur, beneficium excussionis »electioni« contrarium esse, quod quoque scriptum invenitur in L. 33. § 2. L. 45 de admin. tut. L. 56 mandati. L. 10. C. de O. et A. L. 6. C. de arbitr. tut. L. 3. 5. 19. Cod. de fidejussor. Beneficio divisionis autem prohibetur, quominus creditor, quem velit, *in solidum* conveniat, quamobrem hoc auxilium non minus, quam illud electioni opponi potuit, et opponitur in L. 47 locati. L. 59. §. 3 mandati. L. 38 pr. de admin. tut. L. 10 D. de fidejuss. L. 3. 16. C. eod.

Unde colligitur, si demonstrari possit, correos debendi invicem alterum pro altero teneri, non minus beneficio divisionis iis tributo electionem eorum, qui pro aliis obnoxii sint, finibus arctioribus circumscribi, quam beneficio excussionis mandatoribus, fidejussoribus, constituentibus accommodato, qua ex re sequetur, Justinianum Nov. 99 merito cum Nov. 4 conjunxisse.

§ 25.

III. De fidejussione correorum debendi mutua.

Mutua correorum fidejussio doctoribus praestantissimis, quorum dissensiones plane et perlucide a Guilielmo Gir-

tannero[1]) collectae descriptaeque sunt, materiam disputationis amplissimam praebuit. Nobis autem descriptioni Girtanneri nonnulla addenda visa sunt, quae partim ad ipsas sententias percipiendas, partim ad rationes, quae pro iis afferantur, dijudicandas proficiant, cum permulta ab auctoribus mere inventa sint, quibus sententias suas confirmarent.

Jam Irnerius[2]) hujus quaestionis auctor fuisse traditur, et licet hunc nuncium magis ex collocatione Auth. Hoc ita C. cit. praesumtum, quam e certis ipsius auctoris verbis relatum credamus, tamen sic quoque fontem principiumque controversiae cognoscimus, qui ex ipsa nostra Novella profluxerit. Quocum convenit, quod Martinus, qui et ipse sententiam correos vice mutua fidejubere defendebat, imprimis Authenticae auctoritate[3]) nititur, etiamsi praeterea ad L. 11. D. de duob. reis. L. 7. § 1 ad SC. Maced. L. 17. § 2 ad SC. Vellej. se retulit[4]). Joannes Bassianus[5]) contra, qui primus eam obligationis correalis indolem existere negavit, id probare studuit L. 34 de receptis, qui arbitr. L. 71 de fidejuss. L. 3. §. 2. 3. L. 5. § 1 de liberat. legata L. 12. § 1 de duob. reis. L. 5 de compensat. § 5 J. de fidejuss. L. 1. 2. 10 pr. § 10. L. 14 de in rem verso L. 12. C. si cert. pet. L. 60. § 1 mandati. Initio autem controversia nostra ejus quaestionis disceptandae causa disputabatur, utrum correis, qui totum exsolverint, actio mandati adversus ceteros concedenda sit, nec ne, et Joannes inquirens[6]), num etiam beneficium excussionis iis tribuendum sit, respondet quidem, esse, qui

---

[1]) Girtanner p. 151 sqq. — [2]) Gl. Juvare ad L. 2 C. de duo. reis.
[3]) Gl. Si quis alterna ad Nov. 99.
[4]) Gl. Intercessionem factam ad L. 17. § 2 ad SC. Vellej.
[5]) Gl. ead. — [6]) Summa Joann. l. l. Coll. I. C. IV. nr. 6.

id perhibeant, sed revera contrariae opinionis illudendae gratia eam quaestionem movisse adversariisque potius objecisse, eos, sibi constantes, ad illam sententiam perventuros esse aut fortasse singulos etiam eo pervenisse, quam significare videtur sectam illorum singularem tunc temporis vere adfuisse. Azo[7]) enim adhuc solam actionem mandati ante oculos habuit. Distinctio autem Jacobi de Belvisio, quam Bartolus et memoriae prodidit[8]) et ipse recepit, correos, si verbis expressis praeterea vice mutua fidejussores facti sint, quorum species in L. 11 pr. de duob. reis proponatur, aut si »color« obligationis correalis, ut in L. 17. § 2 ad SC. Vellej. et L. 7. § 1 ad SC. Mac., ab iis quaesitus sit, »respectu creditoris« pro veris fidejussoribus habendos esse, ideoque eos beneficio Epistolae d. Hadriani frui debere, praeterea autem iis inter se actionem mandati nonnullis in casibus competere, — ea distinctio ostendit, quaestionem isto demum tempore ultra fines antea positos extensam esse. Bartolus[9]) vero usque eo processit, ut correis debendi in ipsa Novella 99 beneficium excussionis pro parte concessum esse diceret. Sic, etsi ad internam obligationis indolem mutuam fidejussionem referendam esse non negavit, sed expresse dixit[10]):

> »Item fidejussor potest intelligi *stricte,* quod alienae obligationi accedit L. 1. 45 D. de fidejuss. potest etiam accipi *large* omnis, qui est obligatus pro negotio, quod ad alium spectat, non ad se, et illo modo sumitur tit. D. ad SC. Vellej. et L. 1 C. eod.«,

[7]) Summa Azonis Lib. VIII, 40. § 14.

[8]) Bartolus a S. ad Auth. Hoc ita C. cit. nr. 67 sqq. Cfr. Girtanner p. 153 sqq.

[9]) Bartolus l. l. nr. 28. — [10]) Bartolus l. l. nr. 68.

tamen beneficio illo accepto fidejussionem internam atque incertam in fidejussionem externam atque certam commutavit. Quin etiam statuit[11]), correos, quod ad exceptiones e rei principalis persona fidejussori competentes pertineat, fidejussorum locum tenere.

Itaque Bartoli explicationibus natura quaestionis omni modo conversa ac confusa erat et Cujacius[12]) demum eam in statum priorem redegit. Nam expresse negat, correos pro veris fidejussoribus accipiendos esse, dicit autem eos

> »*effectu obligationis* et *creditoris actione* inspecta invicem fidejubere, licet id dictum non sit nominatim, quia *solidum exigi potest.* Ideoque et in SC° Vellej. si mulier et Titius duo rei accepti fuerint, mulier videtur intercessisse L. 17. § 2 cit. et hac quoque ratione a Graecis semper appellantur *ἀλληλέγγυοι*, licet expressim vice mutua non fidejusserint — Quin etsi — habent beneficium divisionis.«

Atque alio[13]) loco ait:

> »et a Graecis — dicuntur *ἀλληλέγγυοι,* non *quod* vice mutua fidejussores sint, etiamsi id cautum non sit; sed quod *ac si* essent vice mutua fidejussores.«

Sic elegantissime Cujacius statuit. Donellus[14]) et Bartolo et Cujacio adversatus est. Anton. Faber[15]) autem in defendenda sententia Joannis Bassiani argumentum novum

---

[11]) Bartolus s. Dig. n. ad L. 11 de duo. reis. Girtanner p. 154.

[12]) Cujacius Opp. pr. T. II. col. 544 ad Nov. 99.

[13]) Cujacius Opp. post. T. I. P. II. c. 505 ad L. 11 pr. de duo. reis.

[14]) Donellus ad Tit. C. de duo. reis. Cap. VI. et VIII.

[15]) Anton. Faber l. l. Cap. II.

quidem, sed profecto non ineptum[16]) Cujacio opposuit, correos invicem ne intercedere quidem, qui nec fidejussores, nec sponsores, nec mandatores, nec expromissores, nec constituentes sint. Quod L. 17. § ult. ad SC. Vellej. et L. 7. § 1 cit. de fraude agant, quae SC^is^ facta sit, etsi Graeci correos *ἀλληλεγγύους* vocarint, id ideo

> »factum videri potest, quod accommodatius nihil haberent ad exprimendam uno nomine, ut solent, potestatem obligationis, quae inter correos sic contrahitur, ut ab alterutro, etiam ad quem nihil pervenit, perinde solidum peti possit, ac si tamquam correi fidejussor obligatus esset[17]).«

Ita scriptorum de quaestione nostra praecipuorum sententias collegi, quae autem reliquis maximeque posterioribus placuerunt, apud Girtannerum inspiciantur, quamquam quae de Muehlenbruchio, Vangerovio, Puchta retulit[18]), caute excipienda sunt. Insuper autem Liebii[19]) et Savignii[20]) mentio fiat.

Savigny vim atque indolem obligationis correalis tam lucide et eleganter explicavit, ut in ea describenda se ipsum solum superare potuerit. Et quamquam duobus promittendi reis actionem mandati concessit, tamen longe abest, ut eandem iis ob mutuam eorum fidejussionem vel intercessionem eo sensu, quo eam Martinus ejusque assectatores accepe-

---

16) Quod argumentum Girtanner p. 159. not. 5 immerito deridet. Notiones »formelle« et »materielle Intercession«, quamvis definitio intercessionis generalis »Uebernahme einer fremden Schuld« (Puchta Pand. § 403) juste proponatur, in intercessionibus mulierum dumtaxat species intercessionis sunt, nullatenus autem ad masculorum intercessiones pertinent.

17) Vide infra § 34. — 18) Girtanner p. 161. 162.

19) Liebe l. l. p. 217. — 20) Savigny Obl. R. l. l. § 22.

runt, censeat tribuendam esse, ut ex mandato correorum mutuo praesumpto eam derivaverit[21]). Reliquae autem illius descriptionis partes adeo verae mihi visae sunt, ut persuasum mihi habeam, neminem fore, qui obloquatur; quocirca Savignio fretus haec propono:

Ut creditori tutius debeatur atque expeditior sit actio, nexu correali plures rei ita tenentur, ut, quamquam eadem res in omnium obligatione vertitur, unusquisque tamen debitor sit quasi solus. Exemplo mutui dati inspecto, quo de reddendo Romani praecipue stipulatione et nexu correali utebantur, reos ultra id teneri apparet, quod vere receperint, sive debitum aut diversis aut aequis partibus inter se diviserint, sive omnis pecunia ad unum tantum pervenerit[22]). Quae cum ita se habeant, si SC. Vellejanum adhiberi liceret, ita ut correi vetiti essent in plus exigi, quam quod accepissent, res omnimodo liqueret et jure diceretur, aut utrumque aut unum reum pro altero intercessisse. Sed ita se res non habet, et ex sua voluntate et obligationis forma, qua, quae facta est debiti distributio, omnino detegitur aut certe non declaratur, omnes principaliter tenentur.

Haec de juris rigore. Quare omnia, quae de actione mandati ceterisque mutuae ejus fidejussionis correorum effectibus allata sunt, prorsus removeantur oportet. Verum quod ad Nov. 99 interpretandam pertinet, res aliter se habet, cum, quod jurisconsulto et judici statuere permissum non est, *causa esse potuerit legislatori, ut legem*

---

21) Savigny l. l. not. *d*.

22) Savigny l. l. not. *e*. casum postremum ad jus Romanum non spectare arbitratur, sed frustra nisus est contra fragmenta jurisconsultorum et constitutiones Principum. Vide § 26.

ferret, qua illi correorum conditioni succurreret. Atque praeterire non licet, nihil legislatoris interfuisse, utrum correos invicem fidejubere, an invicem intercedere diceret, quia alterum perinde, atque alterum obligationis genus, ut merito Anton. Faber contendit, certum et definitum est, neque de jure ad obligationem correalem valet. Immo vero hoc solum Imperator spectavit, utrumque aut alterum semper revera pro altero *obnoxium* esse, licet secundum juris formam principaliter debeat, et cum Savignio afferimus, primum casum communem esse et rationi naturali unice consentaneum, quamquam abusum obligationis correalis illum expressis jurisconsultorum et Principum testimoniis obstantibus minime infitiari possumus. Itaque ad illud Bartoli quodammodo redeundum est: »fidejussor — potest etiam *accipi large* omnis, qui est obligatus pro negotio, quod ad alium spectat non ad se«, vel ad Cujacium, qui dicit: »non quod vice mutua fidejussores *sint*, etiamsi id cautum non sit, sed quod *ac si essent* v. m. fidejussores.«

§ 26.

IV. Quae fortasse fuerit occasio legis ferendae.

Postquam ita conjunctionem Novellarum veram pernovimus, postremum rationes investigandae sunt, quibus fortasse legislator adductus sit, ut correis beneficio divisionis subveniret.

Ipse Imperator praefatus est, Novellam 4 utilem legem fuisse, utilem et eam fore, quae nunc ferenda sit. Unde Girtanner[1]) conclusit, usu commerciorum cogente eum commotum esse, ut per Novellam nostram difficultates, quae e Nov. 4 natae essent, auferret, quin Girtanner poposcit,

[1]) Girtanner p. 127, 2.

ut tales difficultates ab interpretibus Nov. 99 exstitisse ostenderetur. Cui desiderio ne ipse quidem auctor satisfecit, nec satisfacere potuit. A nullo enim scriptore de effectu, quem Nov. 4 habuerit, quidquam traditum est, et Girtanner aequo modo atque omnes adversarii pro rebus factis conjecturas proprias obtulit, quamquam breve prooemium Novellae, breve temporis spatium[2]), quod inter Novellam 4 et Nov. 99 latam elapsum est, a conjecturis capiendis fabulisque scribendis eum arcere debuit. Neque tamen, quod paene omnes opinionum obstantium scriptores tales difficultates sibi finxerunt, graviter esset dolendum, nisi suas de ipsa Novella 99 sententias secundum illas conformassent. Itaque autem nostra interest, veram eorum substantiam cognoscere et dijudicare.

Girtanner Nov. 4 fraudem factam esse suspicatur. Creditores putat, quorum electio quibusdam sub conditionibus Nov. 4 sublata sit, obligationibus accessoriis contentos non fuisse, ita ut duriorem nexum correalem expetierint. Cui fraudi Savigny[3]) quidem ex ingenio Romanorum curam formarum juris opponere videtur, qua prohibitum sit, quominus, si ad unum correorum aut rectius debitorum nihil pervenerit, fidejussor se correum constituerit rei principalis.

[2]) Unde Savigny l. l. p. 280. not. *c.*, qui et ipse difficultates Novellae 4 occurrentes in mente habuisse videtur, argumentum adversus opinionem communem depromsit. Sed prooemia quousque extendantur, ad merum loquentis arbitrium pertinet, et quamquam Justinianus multa jactare solet, tamen dici non potest, hic plura praefari eum debuisse. Neque Nov. 4 praefatione longiore instructa est, et aliae leges, e. g. L. 28 C. de fidejuss. reperiuntur, in quibus nihil praefatus est. Quid? cuinam id sufficere non videatur, quod constitutione separata conditionem correorum ordinavit?

[3]) Savigny l. l. p. 224. not. *e.*

Sed in universum nexus correalis magis a jurisprudentibus inventus est, quam veram naturam rerum sequitur et cura formarum subtilissima, qua Romani maxima ex parte abundarunt, non vetat creditores cautos, anxios pertinacesque pleniorem illius effectum debitoribns extorquere, debitores pauperes et fidejussores leves duriorem eum in se suscipere. Quin et fraudis creditorum ratio habenda est, quae legibus etiam crescat, quibus eorum malitiae et debitorum infortunio cavetur. Quales leges sunt SC. Vellejanum et Macedonianum, Lex Furia de sponsu et Epistola d. Hadriani, ad quam etiamsi non necessario, tamen neque inconsulto Girtanner[4]) abusum obligationis correalis retulit, cujus abusus documenta exstant L. 17. § 2 ad SC. Vellej. L. 7 pr. et § 1 de SC. Maced. L. 4 C. de duo. reis. L. 19 C. de fidejuss. — Nov. 4 edictum creditoribus permolestum fuisse, id non tantum spatio illo, quod rei sistendi gratia fidejussoribus in Nov. 4 conceditur, sed etiam electione paene omnimodo sublata verisimile fit. Quamobrem Girtannero fortasse concedendum est, correos post Novellam 4 latam crebrius, quam antea accipi et Justinianum id consilium in Nov. 99 ferenda habere potuisse, ut fraudem Nov. 4 factam coërceret.

Quae tamen cogitatio si veritate niteretur, Imperatoris consilium ex ipsa nostra lege hic vel illic apparere oporteret, quod non tantum e prooemio, sed etiam inde colligi posset, quod Imperator ipso edicto animum legis prioris conservandae declarasset. Quid autem tum Imperatori propius esset, quam ut aut obligationem correalem omnino everteret, aut ratione Vellejana adhibita de alieno debito vere suscepto beneficium Nov. 4 correis tribueret? Justi-

[4]) Girtanner p. 102.

nianus autem neque in prooemio, neque in alia Novellae parte fraudem Nov. 4 fieri aut factam esse memorat, immo vero legem in futurum tantum valere jussit:

»*Τούτων ἁπάντων κρατούντων ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων τοῦ μέτα ταῦτα χρόνου — — τὸ γὰρ παρωχηκὸς τοῖς πρὸ αὐτοῦ τεθειμένοις ὑπερ τούτου καταλιμπάνομεν νόμοις*«,

dum, si fraudem opprimere voluisset, necessarium habuisset, eam ad tempus praeteritum aeque extendere. Neque obligationem correalem sustulit, neque ex ratione Vellejana[5]) debitum principale et accessorium distingui jussit. Accedit, quod ea eversio obligationis correalis, aut illa ratio Vellejana in injuriam creditoris temere constitutae essent. Nam ratione Vellejana libera paciscentium voluntas excluditur, natura obligationis correalis, more antiquo receptae, funditus corrumpitur. Creditorum fraus non est praesumenda, eorum securitati non obsistendum. Deinde non tantum is correus juste in solidum teneri videtur, qui omnem pecuniam accepit, sed etiam is, qui, si pecuniam non recepisset, aut majus damnum passurus fuisset, aut majus commodum non adepturus. Quid porro debitorum pacta ad creditorem respiciunt? Quae creditori pravitas opprobratur, qui, ut tantum sibi restituatur, postulat, quantum ipse dedit, qui alteri nullam vel minorem, alteri omnem aut majorem fidem habuit? Immo vero Justinianus legislator omnium deterrimus fuisset, si, ne fraus Nov. 4 fieret, nexum correalem antiquitus traditum aut omnino vetuisset, aut ex Vellejana illa ratione in alias obligationes resolvisset. Numerus exceptionum crevisset, et pro creditorum dolis praesumtis vera fraus debitorum obtinuisset.

[5]) Vide Puchtae Instit. Bd. 3. § 304. not. *e*.

Quamobrem eam Girtanneri conjecturam ex sententia Imperatoris rejicere nobis videmur, qui Nov. 4 multa *utilia* etiam praedicet complecti edicta, atque cum ita contentum se illius legis effectu esse dixerit, »*etiam*« aliam legem (*καὶ ἑτέρας*) utilem fore arbitretur. Immo vero ipse viam, quae nobis ingredienda sit, demonstrat, cum scripsit: »Ac licet illi ignorante eo, qui obligatos eos habet, pactum aliquod inter se fecerint, tamen unusquisque tenebitur, sicut ab initio scripserit, nec licentiam habebit, artibus, dolis, aut transactionibus pacta violandi.«

Ne, quae convenerint, irrita fiant, ratio conventionis in solidum initae servanda est, nec damnum actor pati debet. Quo principio statuto primum quoque Novellae praeceptum opinionis communis ratum erit. Consequens est, nexum correalem non praesumi. Liberae vero partium voluntati vis non est inferenda, et si partes[6]) obligationem correalem expresse inire voluerint, effectus ejus conventionis minime infringitur, sed, ut locum habeat, voluntas aperte declarari debet, sive vox »in solidum« sive alia similis adhibetur. *Declarari*, non *praesumi* debet, quia, si quid praesumendum sit, id praesumatur oportet, quod rationi naturali congruit[7]). Similis edicti exemplum exstat L. ult. C. de novat.[8])

Quod ad secundum Novellae praeceptum pertinet, electio creditoris non omnimodo, sed tantum si ceteri praesentes

---

[6]) Passivum *προςθείη* satis significat utriusque partis voluntatem respici, dum Activum *λάβοι* ad solum creditorem spectat.

[7]) Ribbentrop p. 114 sqq., quem sequimur, non omnimodo a fraude praesumta se abstinuit. — V. § 35. not. 2.

[8]) Cfr. Cujacius, Opp. pr. T. II. col. 544 ad Nov. 99. Donellus l. l. ad L. 3 C. de fidejuss. nr. 1.

et solvendo sunt, tollitur et creditor, qui hoc casu ab omnibus simul totum debitum petere jubetur, damnum vix patietur; sin autem ceteri absentes aut minus idonei sunt, electio integra ei servatur. Quid? num ita duorum reorum contractus irritus fit? Minime gentium! Sed malitiae et anxietati creditorum simul cavetur; nam eodem judicio nunc a pluribus totum debitum recipiunt, quo idem alias ab uno recepissent. Atque quid molestiae hac in re est? Ab iis creditor petere debet, qui adsunt, et ii tantum, qui solvendo sunt, ei condemnantur, nec damnum ei, ut infra demonstrabitur, facile emerget.

Papinianus[9]) principium beneficii divisionis hoc profitetur: »Si enim quod datum est pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?« Quod licet ad eos tantum debitores spectet, qui omnino intercedunt, tamen idem Papiniamus non dubitavit, pluribus tutoribus[10]) beneficium illud accommodare, si tutelam non attigerint, Ulpianus[11]) etiam tum, si omnes eam gesserint. Utroque in casu non omnino pro alio solvitur, sed dubium potest esse, utrum is, qui solvere cogatur, pro sua, an pro contutoris negligentia aut culpa solvat, utrum minor, an major debiti pars ad eundem pertineat. At juris de rigore semper unusquisque pupillo in solidum tenetur. Eadem conditio correorum est: pecunia sive tota ad unum, sive pro aequis, sive pro diversis partibus ad utrumque pervenit, tamen omnes pari modo in solidum obligati sunt. Quae cum ita sint, cur Imperatori de casu ordinario edicere non licuit, quia in casu extraordinario (abusus) aliud constituere potuisset? Nam in casu posteriore quoque »effectu obliga-

[9]) L. 7 de fidej. et nominat. — [10]) L. 38 pr. de admin. tut.
[11]) L. 1. § 10—12 de tut. et rat. distr.

tionis et exactione creditoris inspecta,« ut Cujacius eleganter animadvertit, alter pro altero obligatus esse videtur. Et denique Imperator si tam hunc, quam illum casum pariter beneficio divisionis explanavit, quid creditor conqueri potest, qui fraudem commiserit, quid reus, qui revera quidem pro correo obnoxius sit, sed sua sponte se correum constituerit?

Quid igitur mirum, quod jam Marcellus[12]) inquisivit, an correis debendi beneficium divisionis indulgendum sit, quam quaestionem, licet de pluribus venditoribus locatoribusque in solidum obligatis, de bonae fidei igitur obligationibus agat[13]), ita tamen decidit, ut »justius fortasse sit,« electionem creditori non auferri, beneficium ergo iniquitatem quandam habere videatur.

Nemo negabit fieri potuisse, ut Justinianus e his Marcelli et Papiniani fragmentis occasionem legis ferendae hauserit, quae conjectura tam eo fulcitur, quod Justinianus in prooemio, de quo loquimur, similiter, ut Marcellus, beneficium divisionis correis impertiendum electioni creditoris opposuit, quam iis verbis corroboratur, quibus Justinianus in L. ult. C. de const. pecu. pluribus alienum debitum simul constituentibus id auxilium dedit, et in quibus sententiam Papiniani laudatam adhibuit[14]), constitutionem justam redditurus.

Sed fortasse occasio legis aliunde desumenda est. Etenim Justinianus consumtione processuali per L. 28 C. de

---

[12]) L. 47 locati cfr. L. 13 C. eod. — [13]) Diss. mea cit. § 50.

[14]) »Aequitatis enim ratio diversas species actionis nullo modo excludere debet«, quibus verbis hic sensus latet: quia constitutores perinde, ac fidejussores et mandatores, pro aliis debitores facti sunt, aequitatis ratio non permittit, ut externa actionis diversitate discrimen inter eos oriatur.

fidejuss. sublata electionem creditori, quod ad correos debendi et fidejussores respicit, aeque liberam dedit, quam quae contra mandatores antea competierat. Nemo ignorat, inde ab eo tempore consumtionem processualem omnino periisse ejusque vestigia, quantum fieri potuerit, ubique fontium a Compilatoribus delata esse[15]). Sin igitur accipere liceat, jam tempore latae L. 28 C. cit. Imperatorem plenissimum hunc effectum intendisse, L. ult. C. de const. pecu., quae die XV. post L. 28 C. cit. promulgata est, ideo proposuisse videtur, quia consumtione processuali sublata discrimen[16]) inter mandatores et fidejussores et constitutores omnino exaequatum sit, neque causa diutius adfuerit, cur ipse his non perinde succurrere potuerit, quam Hadrianus illis prospexerit. Itaque in mandatores, fidejussores, constitutores electio creditoris beneficio divisionis restricta fuit. Postea eandem electionem in eosdem debitores per Nov. Const. 4 excussionis quoque beneficio coërcuit. Nov. 4 cum d. L. 28 C. collata, illa constitutio praeter fidejussores et mandatores ad constitutores, quibus quoque e L. ult. C. cit. jam beneficium divisionis competebat, et ad eos, qui pignora pro aliis dederunt, pertinet, sed duorum reorum Imperator nullam rationem habuit. Quibus igitur si consulere vellet, ne electio creditoris in molestiam periculosissimam converteretur, quo beneficio, nisi divisionis, his subvenire potuit? Similiter ex altera parte iis, qui pignora dederunt, beneficio excussionis tantum prospexit. Itaque conjectura mihi visa est verisimillima, omnes has leges, aeque ad electionem creditoris respicientes, inter se cohaerere et Justinianum sensim sensimque jus pristinum de-

---

15) Savigny Syst. Bd. 5. p. 255. 256.

16) Savigny l. l. p. 209. not. *g*.

bitorum corrigere voluisse, qui pro aliis obligati sint. Inde spatia temporis brevissima, quae inter singulas eas leges latas elapsa sunt, inde mentio mandatorum, fidejussorum, constitutorum in Nov. 99 ad L. ult. C. de const. pec. ita deinceps facta, dum Novella 4 fidejussoribus mandatores et constitutores continuavit: inde electionis mandatorum rell. restrictio intelligitur, dum propius fuisset beneficium excussionis afferre.

Qui vero nimis audacter a nobis ita conjici, et Justinianum crederet magis aequitate divisionis et exemplis jurisconsultorum, ut antea exposuimus, adductum, ut legis nostrae ferendae consilium caperet, is fortasse eam adhuc quaestionem movebit, cur Justinianus magis ad Nov. 4, quam ad L. 28 C. cit. in prooemio provocaverit, quamvis utraque lex de electione creditoris, haec autem imprimis de electione duorum reorum agat. Cui respondemus, L. 28 C. cit. ad electionem ab impedimentis omnibus liberandam, Nov. 4 et Nov. 99 ad electionem coërcendam spectare.

§ 27.

Conclusio hujus capitis.

Quae §§ antecedentibus exposuimus, in hanc summam colligi possunt:

I. Electio eorum, qui pro aliis in solidum tenentur, quum beneficio excussionis, tum beneficio divisionis restringitur.

II. Non solum mandatores rell., sed etiam duo pluresve rei pro debitis alienis obnoxii sunt.

III. Itaque beneficium divisionis, duobus reis impertitum, electionem eorum, qui pro aliis in solidum tenentur, non secus restringit, ac beneficium excussionis mandatoribus cett. datum.

IV. Quare Justinianus electionem eorum, qui pro aliis obligati sunt, »ἑτέρας ἐπεξεργασίας,« »alia retractatione« indigere recte dixit, cum, quae jam in Nov. 4. tractata erat electio, in Nov. 99 retractetur, neque immerito Novellam 99 »προςθήκην οὐκ ἀγεννὴν« vocat, quae et ipsa electionis prohibendae causa addita sit.

Caput II.

Interpretatio vocis »ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους.«

§ 28.

I. Adverbium »ἀλληλεγγύως« unde derivandum sit.

Cujacius[1]) duos reos »ἀλληλεγγύους« vocari voluit, quia invicem intercedant. Pufendorf[2]), duce Lexico Basileensi Budaei et Xylandri[3]), de voce ea dubia haec posuit: ἐγγυάω ad quamlibet »promissionem« pertinet, quin etiam de patre filiam despondente occurrit. Deinde ἐγγυάομαι »fidejubere,« tum quoque »oppignorare« significat. Unde Pufendorf conclusit: »ita ἀλληλέγγυοι tam mutui sponsores et fidejussores sunt, quam sponsores inter se conjuncti et connexi .... Igitur ἀλληλέγγυοι in universum plures rei debendi vel promittendi sunt.«

E contrario Asverus[4]) adversus Cujacium ad usum Basilicorum provocavit, quorum in libris »intercedere« voce »ἰντερκεδεύειν« exprimatur, et contra utrumque scriptorem attulit, Theophilo, Paraphrasis Institutionum auctori,

[1]) Cujacius Opp. pr. T. II. col. 544 ad Nov. 99.

[2]) Pufendorf l. l. § III. — Cfr. Hummel l. l. Th. VII.

[3]) Vide not. 8. — [4]) Asverus p. 47 sqq.

vocem »ῥέοι στιπούλανδοι« et »προμίττενδοι« placuisse, qua duos reos stipulandi et promittendi significaret. Scriptores Basilicorum praeterea memorat voce »δύο ἔνοχοι ἐπερωτώμενοι« frequentissime uti, quin etiam, cum in Basil. lib. XXVI. tit. I. jus Digestorum et Codicis fidejussoribus, tit. II, qui inscriptus sit: »Ut creditores prius conveniant debitores principales et secundo loco, si hi solvendo non sint, mandatores vel pecuniae constitutae reos, vel fidejussores,« Novellam 99 et Nov. 4. c. 1 — 3, tit. III. autem, qui inscriptus sit: »De constituta pecunia et de duobus reis promittendi rell.«, jus correorum contineatur, accipi oportere sentit, ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους correos debendi non esse. E contrario ipse Asverus affirmat, eam vocem a Verbo ἐγγυάομαι derivandam esse, et, cum ἐγγυάομαι »fidejubere« significet, ita probari, ἀλλ. ὑπευθύνους correos vice mutua fidejussores esse, quocum congruat, quod ipse Justinianus in Nov. 4 »fidejussorem« ὁ ἐγγυήτης nominarit.

Qui, quae Asverus sic attulit, attente contemplatur, eum concedat oportet, talia argumenta haud magni momenti esse. Primum enim minime docuit vel saltem verisimile reddidit, voces illas a Theophilo et auctoribus Basilicorum adhibitas, qui eas fortasse a Theodoro[5]) acceperint, aut Justiniano, aut ejus antecessoribus, aut scriptoribus Graecis illius aetatis cognitas et probatas fuisse, immo vero protinus apparet, eundem Theophilum vocem istam Graecam instar vocis Latinae »duo rei promittendi« confecisse. Paraphrasi ejus et Basilicis inter se comparatis deinde elucet, eos de una voce certa non convenisse, qua correos debendi significarent. Atque accedit, quod neque

[5]) Biener l. l. p. 141.

a Theophilo, neque in Basilicis eadem semper vox constanter servata est. Pufendorf enim annotavit Theophilum »περὶ δύων ἐνόχων ἐπερωτῶντως καὶ ἐπαγγελλομένου« quoque scripsisse et scriptores Basilicorum duos reos simpliciter verbo »ὑπευθύνους« et ἐναγομένους« indicasse. — Neque quod Novella non in tit. III, sed in tit. II collocata est, magni faciendum est, quia in Capite I. satis docuimus, quamobrem Novella 99 Novellae 4 annecti potuerit, neque verba inscriptionis tit. II magis ad Nov. 115. c. 6, quae eidem titulo inserta est, quam ad Nov. 99 videntur pertinere. Qui autem ordinem et materiam titulorum supradictorum obiter tantum inspicit, protinus cognoscit, auctores jus universum Novellarum, quod ad intercessorum conditionem respicit, in unum titulum collegisse, quem titulo I de fidejussoribus et mandatoribus aptissime ob Novellam 4 connecti putarint, cum alioquin Nov. 115. c. 6 potius, quam Nov. 99 in tit. III et Nov. 3. c. 2 in librum Bas. XXV disponi debuisset. Quin etiam, si adversarii id argumentum premere vellent, eodem jure, si Imperator, in L. 28 C. de fidejussoribus lingua Graeca usus, duos reos fortasse voce ἀλλ. ὑπ. demonstrasset, concludere possent, L. 28 C. de fidejussor. de duobus reis non agere, quia titulo I de fidejussoribus inserta sit. — Denique unde concludit, verbum ἀλληλεγγύως a forma Medii ἐγγυάομαι, neque ab Activo ἐγγυάω vel alia voce, huc spectante, derivatum esse?

Quamquam igitur argumenta ab Asvero contra Pufenfium allata perinde, atque propriam ejus explicationem rejicimus, tamen ad conclusionem Pufendorfii istam, quae luce clarius falsa est, minime accedimus. Priusquam autem, quae nosmet ipsi sentimus, exponimus, adnotandum est,

»ἀλληλεγγύως« verbum compositum esse, neque de eo quidquam ambigi, quod ad Pronomen ἀλλήλων pertineat. —

Ἀλληλεγγύως *Adverbium* est. Regula autem artis grammaticae haec est, *a Verbis* Adverbia ita formari, ut ex Participio Praesentis, praecipue Activi, et Perfecti, praecipue Passivi, fingantur[6]). Sed si illud a Participio Praesentis aut Perfecti Medii derivatum esset, non in syllabam finalem . . ως, sed . . μενως, et si a Participio Praesentis aut Perfecti Activi, in syllabam . . ντως aut . . τως exire debuisset. Quamobrem vox ἀλληλεγγύως non solum non a Medio ἐγγυάομαι, sed ne ab Activo ἐγγυάω quidem derivandum est. — Adverbia autem *ex Substantivis* quoque et *Adjectivis* fiunt[7]). Quod ad *Substantiva* pertinet, probatione non indiget, ἀλληλεγγύως non a Substantivo ὁ ἐγγυήτης formatum esse. Quod autem ad ὁ ἔγγυος pertinet, id ipsum vocabulum minus Substantivum, quam Adjectivum est, quod Articulo anteposito Substantivum factum est. Denique Vangerovii conjectura, vocem nostram ex ἀλλήλως (l. ἀλλήλων!) et ἐγγύη formatam esse, eo excluditur, quod Particula syllabam finalem . . ως habet[8]). Superest igitur, ut ἀλληλεγγύως ab *Adjectivo* ἔγγυος *derivandum esse* dicamus, cum Adverbia ex Adjectivis ita componantur, ut radici Adjectivi (ἐγγυ . .) syllaba finalis . . ως annectatur. Quae cum ita sint, exploremus oportet, quae sit notio *Adjectivi* ἔγγυος.

Secundum exempla, quae in lexicis[9]) reperiuntur, scriptores Graeci jam aurea aetate hoc Adjectivo ita ute-

---

[6]) K. W. Krueger, l. l. § 41, 12. A. 4. — [7]) K. W. Krueger ll. ll.

[8]) Vangerow p. 87. V. Matthiae l. l. Th. I. § 256, 1, a. p. 679.

[9]) Vide imprimis Thesaur. Graecae linguae ab Henr. Stephano constr. Edd. Hase, G. et L. Dindorfii. Paris. 1835. s. h. v. — Λέξικον

bantur, ut sensu latissimo indicarent, aliquid *obnoxium* idque praecipue securitatis caussa obnoxium esse, tum quoque id ipsum hac voce demonstrarent, quod *securum est*, aut id, quod *securitatem praebet*. Sic vel metaphorice hoc verbum adhibuere:

Aeschines Epist. II, p. 138: *τὴν Ἀθήναν ἔγγυον δίδωσι τοῦ πολέμου.*

Diodor. Exc. p. 555, 20: *Ὃς οὐδὲ διστάσας ἔγγυος εὐθὺς ἐγενήθη θανάτου.*

Themistius Orat. 15. p. 197 C. (ed. Dindorf.): *Καὶ οὐδὲν θαυμαστόν, τὰ τῆς ἀρετῆς ὅπλα ἐπικρατέστερα καὶ ἐγγυώτερα εἶναι ὧν δημιουργοῦσιν ἀσπιδοπηγοί;*

sed, quod ad nostram quaestionem pertinet, eos promiscue hoc verbo usos esse, multa exempla docent, quorum haec de debitis, quae secura redduntur:

ἀπέφηνε δ' αὐτὸν ἑκατὸν μνᾶς κεκομισμένον ἐγγύους ἐπὶ τόκῳ δεδανεισμένας (Lysias)

ἔγγυα δανείσματα — *ὑπέγγυα δεδανεισμένα,*

haec de rebus vel bonis securitatis causa obligatis:

καὶ μὲν γὰρ ἦν ἔγγυος οὐσία Πασίωνι ταλάντων εἴκοσιν (Demosthenes) —

ἔγγυα κτήματα ἢ χωρία —,

haec de personis leguntur, quae securitatis causa obnoxiae sunt:

καθίσταναι τοῦς ἐγγύους εἴκοσι ταλάντων (Arist. Oecon. 2, 22),

τῷ δημοσίῳ ἔστι λαμβάνειν ἐγγύους παρὰ τῶν μισθουμένων (Xenoph. Vectig. IV. 20),

---

Ἑλληνορωμαϊκον per Budaeum cett. et Xylandrum. Basil. s. t. — Comm. linguae Graecae Gr. Guil. Budaeo auct. Paris. 1549. — Lexicon Gr. Latin. per Joa. Scapulam. Aurel. Allobr. 1609.

καταλιπὼν τὸν Λεόντιον ἔγγυον τῶν εἴκοσι ταλάντων (Polyb. ed. Bekker T. I. 5, 27).

Quae cum ita sint, et quoniam scriptores Graeci classici varietates intercessorum jure Romano proditas non noverunt, Adjectivum *ἔγγυος* ad fidejussores, qui singulari stipulationis negotio constituebantur, pertinere non potest, sed tales debitores significat, qui generaliter securitatis causa accipiuntur, qui apud Romanos aut ut fidejussores, aut ut mandatores cett. accipiendi fuissent.

Quamobrem juxta regulas de onere probationis tam diu haec derivatio firma ac valida erit, donec quis ostenderit, eam vocis »*ἔγγυος*« notionem cursu temporum mutatam esse, id quod fortasse etiam negare possis, si voces »*ἀλληλεγγύως δανεισθὲν*« et »*ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους*«, quibus Justinianus usus est, inter se comparare velis. Etenim protinus tibi elucebit, in illa voce Adverbium *ἀλληλεγγύως* sensu Passivi (»quae pecunia mutua sub alterna fide secura facta est«), in hac sensu Activi (»tales rei, ut alter pro altero securitatem praestet«) instructam esse, quamobrem clarissime apparet, Justinianum aeque, ac scriptores Graecos antiquos, vocem *ἐγγύως* promiscue adhibuisse. Quamobrem ejus verbi vis atque indoles tempore Justiniani non alia videtur facta esse, quam quae olim a scriptoribus aureis ei tribuebatur.

§ 29.

II. Qui sint *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι*, explicatur. — 1. Interpretatio grammatica.

Omnes fautores[1]) non minus, quam adversarii opinionis communis hac in re errant, quod **conjunctionis** Adverbii

[1]) Appelius Arch. f. civ. Pr. Bd. XVI. p. 295, singularem ejus con-

et Adjectivi (ἀλληλεγγύως — ὑπευθύνους) rationem non habent. Priusquam autem ad ejus conjunctionis vim et effectum describendum transimus, de voce »ὑπεύθυνος« afferendum est, id Adjectivum e Verbo ὑπευθύνειν confectum esse, et cum ὑπευθύνειν idem, quod »reum facere«, significet, nemo vetat, ne id vocabulo Latino »reus« transferamus. Porro cum Substantivum, ad quod Adjectivum nostrum possit referri, deesse[2]) liqueat, Adjectivum vi Substantivi frui constat.

Notio Adverbii in omnium nationum linguis haec est, ut Adverbia »den Begriff eines andern damit verbundenen Wortes (Verbi, Adjectivs) für den vorkommenden Fall genauer bestimmen[3])«, aut, ut alium[4]) quoque artis grammaticae auctorem patronum hic adsciscamus, ut Adverbium »blofs zur näheren Bestimmung einer Beschreibung (bei einem Adjectivo) oder einer Aussage (bei einem Verbum) dient«. Praecipue autem Adverbia Graeca in syllabam -ως (»wie« — »ut«) exeuntes modalitatem exprimunt[5]). Itaque notionem non habent propria vi constantem, sed declarant, quae insit *modalitas ei verbo, cui adjunguntur*, ita ut modalitas *interna,* non externa sit.

Si Adverbium ad Verbum λάβοι traheretur, id quod regulae grammaticae permittunt[6]), per vocem ἀλληλεγγύως de Subjecto Verbi h. e. de creditore praedicaretur. Quae vero conjunctio ipso sensu prohibetur, quoniam creditor neque invicem, neque in universum obnoxius esse potest.

junctionis vim si suspicatus sit, insulsissime tamen transtulit: »auf wechselseitig sich verbürgende Weise anzuklagende.«

[2]) Ne quis objiciat, »τινάς« Substantivi loco esse, quod non ignoramus, sed, quod in textu diximus, nihilosecius verum esse, nemini latebit.

[3]) Matthiae l. l. § 263. 2. Anm. p. 691. — [4]) Madvig l. l. § 24. nr. 5.

[5]) Matthiae l. l. p. 679. — [6]) Matthiae l. l.

Itaque sequitur, Adverbium, de quo agimus, ad solum Adjectivum »ὑπευθύνους« pertinere, quod etiam ob locum, ubi collocatum conspicitur, necessarium est.

Ut igitur vim atque effectum conjunctionis Adverbii et Adjectivi magis perspicuum habeas, valde proderit ope sermonis Latini et linguae Germanicae rem nostram illustrare, quem in finem e numero exemplorum indefinito hocce elegimus, cujus e forma modalitas Adverbii statim et penitus pernoscatur: Si quis captivum quempiam »decussatim vinctum« dicit, non dicit, eum »decussat*im*« esse *et* eum »vinctum esse«, sed dicit, eum »ita vinctum esse«, ut »decussatim vinctus sit«. Similiter, si hoc exemplum in lingua vernacula redditurus captivum aliquem »kreuzweis gefesselt« dicis, eum non dicis primum »kreuzweis« esse, tum autem *etiam* »gefesselt« esse, sed eum »ita gefesselt esse« significas, ut hoc »Gefesselt sein« »kreuzweis esse« videatur.

Quae cum ita sint, *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι*, etiam si *ἐγγύως* ad modum fidejussionis singularem spectaret, tamen

1. neque *correi vice mutua fidejussores* h. e. correi debendi *et* vice mutua fidejussores, qui potius *δύο ὑπεύθυνοι καὶ ἀλληλέγγυοι* appellari debuissent,
2. neque *rei simpliciter pro parte obligati et simul invicem fidejubentes*, qui iisdem vocabulis significandi fuissent,
3. neque »*mutui fidejussores*«, *ἀλληλέγγυοι*, aut »*mutua fidejussione obligati*«, *παρὰ* (*ἀλλήλων*) *ἐγγύης ὑπεύθυνοι*,

sed *tales rei sunt, quales simul invicem pro se securitatem creditori praestent*, h. e. *qui* **ita** *rei sint*, **ut** *invicem alter pro altero* **obnoxius** *sit.*

Eodem modo Justinianus in ipsa nostra Constitutione saepius Adverbium Adjectivo Participioque conjunxit: »ὅλως ἔνοχοι«, »ἀλληλεγγύως δανεισθέν«.

Neque minus nunc clarissime patet, quod Julianus Epitomator[7]) scripsit: »Si qui rei promittendi fuerint, ut alter pro altero fidejubeat«. Nam etiamsi admodum libere ita transtulit, Particula »ut« tamen satis demonstravit, id, quod alter pro altero fidejubeat, e natura obligationis (correalis) proficisci.

(Verum etiam si vox »ἀλληλεγγύως« quodammodo ad fidejussionem spectaret, non credimus id nobis obstare, cum et tales rei, qui ita rei sint, ut invicem alter pro altero fidejubeant, alii rei esse nequeant, quam ii sunt, de quibus Imperatorem cogitasse §pho sequenti docebimus. Sic enim legislatorem minus accurate quidem scripsisse a nobis concedi oporteret, sed cum ἀλλ. ὑπ. conjunctione Adverbii et Adjectivi inspecta omnimodo rei tantum esse pergerent, probatio, quae jam insequetur, nullatenus concuteretur.)

§ 30.

2. Ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους probatur duos reos promittendi esse.

Ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι tales rei sunt, qui eo ipso, quod rei sunt, creditori invicem pro se securitatem praestent, vel qui ita rei sint, ut invicem alter pro altero creditori obnoxii sint. Unde sequitur, *ἀλλ. ὑπευθύνους non duplicis obligationis* vinculo teneri, id quod paene omnes adversarii arbitrati sunt, sed *omnino* reos esse, quorum *unica* obligatio eam indolem habeat, ut simul invicem pro se

7) V. infra § 33.

obnoxii sint[1]). Quocum convenit, quod etiam *una* tantum *actio* datur, ut in capite III apparebit.

Sed quamquam jam nunc contendere licet, *ἀλλ. ὑπευθύνους* ob eam obligationis indolem non nisi duos reos promittendi esse posse, magis tamen expedire videtur, aliam explicationis viam ingredi.

Imperator de *ἀλλ. ὑπευθύνοις*, qui in solidum adjecerunt, in medio principio ait:

> *ἐκείνους κινδυνεύειν ἐκπληρῶσαι (ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος) τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι καὶ μὴ τὸ κοίνον χρέος ἴδιόν τινος γενέσθω βάρος.*

Quae verba intuentes primum »*ὅλως ἔνοχοι*« transferamus necesse est »omnino debitores«[2]), vel si vocis illius a Basilicis et Theophilo adhibitae (»*δύο ἔνοχοι ἐπερωτώμενοι*«) rationem habere liceat, »omnino reos«. Deinde

---

[1]) Cfr. imprimis § 19. — Unam igitur obligationem ex ipsa verborum notione assecuti illorum errores evitabimus, qui a duarum obligationum principio exorsi defendere non possunt, quamobrem Imperator praecepta adeo diversa constituerit, prout *ἀλλ. ὑπεύθυνοι* »in solidum« adjecerint, vel non adjecerint.

[2]) Auctor Vulgatae et Hombergkius haec verba »omnino obligati« transtulerunt, ille minus eleganter, hic inepte, qui ea versione significet, debitores etiam non omnino obligatos esse posse. Secundum gl. Omnino ad Nov. 99 Albericus a Porta Ravennate »in solidum« transtulit, quod magis comprobandum est. Haloander et inepte »omnino obnoxius«, et falso »ut quod sub alternante fidejussione creditum est, id pro sua quisque parte, ex *qua* omnino tenetur obnoxius, praestet« scripsit, quoniam Pronomen (*ἐξ οὗπερ*) ad *τὸ δανεισθέν*, neque ad *τὸ μέρος* pertinet. — Ceterum Heimbach, qui novam Authentici editionem curavit, Particulam »aut« rectissime ejecit, quae in editionibus prioribus (»quod sub alterna promissione creditum est, *aut* ex quo omnino obligati sunt«) occurrit.

particula *πὲρ*[3]) (*ἐξ οὔπερ*) cogitationem induci contrariam significat. Imperator igitur *ἀλλ. ὑπευθύνους* (*ἐκείνους*)[4]) quemque pro parte propria *ἀλληλεγγύως δανεισθέν* explere jubet, ex quo quidem (tamen) omnino rei facti sint. — Quae igitur notiones ab Imperatore inter se opponuntur? *Δανεισθέν* cum vinculum sit comparationis, non nisi aut Verbo *ἐκπληρῶσαι*, aut Adverbio *ἀλληλεγγύως* notio contraria continetur. Quia autem *ἐκπληρῶσαι* ad solutionem obligationis respicit, »*ὅλως ἔνοχοι*« autem modum tenendi vel speciem obligationis spectat, cogimur animum ad verbum *ἀλληλεγγύως* advertere, quod similiter modum tenendi exprimat, ad quod etiam »*ἐκπληρῶσαι*« praecipue pertineat. Itaque Justinianus edixit: *Ἀλλ. ὑπευθύνοι* explere debent, quod ita creditum est, ut quodammodo (*ἀλληλεγγύ-ως*) invicem ab iis securum factum sit, ex quo quidem omnino rei facti sint — aut: quae pecunia ita credita est, ut quodammodo invicem ab altero pro altero secura facta sit, eam quisque pro sua parte explere debent, licet ex ea omnino rei facti sint. — Sin autem ex debito (*ἀλλ. δαν.*), quod commune sit, omnino rei facti sunt, tenentur, ut totum exsolvant. Itaque, quae sensit Justinianus, periphrasi sic circumscribere licet:

> Pecuniam ita creditam, ut quodammodo invicem ab iis secura reddita sit, quisque pro parte sua explere debent, (quamquam ex ea omnino rei facti sunt, ita ut eam totam solvere obstricti essent), neque commune debitum cujuspiam onus singulare fiat.

Justinianus igitur conditionem *ἀλλ. ὑπευθύνων*, qui

---

[3]) Krueger l. l. § 69, 56: »urgirt die Identität« — »gerade« — »eben«. Cfr. Vigerus (ed. Hermannus) l. l. Cap. VII. S. IX. p. 441. Pape l. l. ad h. v. Curtius l. l. § 641. — [4]) Cfr. § 36, III.

»in solidum« adjecerunt, eum in modum descripsit, ut eam eandem esse declaret, quam notione verborum ἀλλ. ὑπευθύνων per se contineri ostendimus, ita ut ii, qui illa verba non adjecerunt, alii esse non videantur, quam ii, qui ea adjecerunt, et illud discrimen, utrum adjecerint, necne, magis externum, quam internum accipiendum sit[5]). Interim autem apparet, ἀλλ. ὑπευθύνους, qui in solidum expresse se obligarint, *e causa mutui solidum debere* eorumque debitum *commune* esse.

Supra[6]) notavimus, contractum mutui duas causas debendi apud Romanos habuisse, »*rem*« et »*verba*«, vel numerationem pecuniae et stipulationem. Illa non patitur, ut omnes debitores, qui communiter pecuniam mutuam acceperint, in solidum se velle teneri adjiciant, immo vero, quum quisque pro ea parte dumtaxat obstringatur, quam accepit, et obligationes singulorum plane discretae nascantur, fieri non potest, ut debitum commune sit omnibus, et debitores invicem alter pro altero obnoxii sint. Ideo Imperatorem *a stipulatione*[7]) *exordiri* oportet. Sin autem duo pluresve

---

[5]) Vide quae mox insequuntur et praeterea cfr. § 35.

[6]) Cfr. § 14, III.

[7]) Non solus Julianus Epitomator (cfr. § 33) de stipulatione cogitavit, quod voces »rei promittendi« — »promissoris« — »promissores« — »agenti stipulatori« affirmant, sed et ipse Imperator, qui voce »συνεγράψατο« usus est, quam Haloander recte transtulit: »quemadmodum initio scripto comprehensum fuit.« G. E. Heimbach, Die Lehre vom Creditum. 1849. p. 535. 536. eam de literarum obligatione syngraphae intelligit, sed cum ea obligatio in jure Justinianeo paene omnino exoleverit (Puchta, Instit. Bd. 3. p. 101), et praeterea propria fuerit peregrinorum, ita ut lex nostra ex Heimbachii sententia generaliter ad omnes Imperio Romano subditos pertinere non potuerit, porro autem Imperator non Substantivum »συγγραφή«, sed »ὥσπερ συνεγράψατο« scripserit, ita

per stipulationem obligantur, eique »*in solidum*« *adjiciunt, duo pluresve rei promittendi constituuntur*[8]).

Justinianus duas ἀλλ. ὑπευϑύνων species proposuit, prout in solidum se velli teneri adjecerint, aut non adjecerint. Quae adjectio ad *quantitatem* solam respiciens cum naturam conventionis a partibus initae mutare nequeat, clarissime elucet, oportere et ipsos ἀλλ. ὑπευϑύνους, qui in solidum non adjecerint, perinde atque eos, qui illis verbis usi sint, *e causa mutui communiter accepti* stipulationem *contraxisse*, id quod eo confirmatur, quod ἀλλ. ὑπεύϑυνοι omnino tales rei sunt, qui eo, quod rei sunt, invicem alter pro altero securitatem praestent, et numeratione pecuniae eum tantum, qui acceperit, neque ultra id, quod acceperit, obstringi constat. Sin autem duo debitores mutuum communiter contraxerint et stipulanti creditori simul respondeant, in ipsa stipulatione aut partes pecuniae singulis datae servari possunt, aut aliae constitui. Si stipulatio partibus acceptis respondeat, obligationes discretae nascuntur, et quisque pro se tantum, nullatenus autem alter pro altero invicem tenentur. Idem locum habebit, si separatae stipulationes insecutae sint. Sin vero

---

ut magis respici debeat, quid scripto comprehensum fuerit, quam ipsa species scripturae, quia tum adjectio Praepositionis συν-εγράψατο eo satis explicatur, quod plures debitores adesse proponuntur, et denique stipulatio ipso Heimbachio (l. l. p. 379) confitente negotium usitatissimum erat, quo omnes gentes de mutuis restituendis tum temporis utebantur, dubium esse non potest, quin illam vocem de *cautione* stipulationis conscripta, non de syngrapha aliqua confecta intelligere debeamus, etsi conjectura Heimbachiana probationi nostrae non obsisteret. Haec enim fundamento ejusdem notionis nititur, quam verbis ἀλλ. ὑπευϑ. inesse demonstravimus, quaeque obligationem in solidum initam requirit.

[8]) Pr. et § 1 J. de duo. reis.

communiter promittant, dum diversas partes receperint, neque de modo tenendi quid adjecerint, in aequas igitur partes obligati sint, hic pro illo quidem obnoxius est, sed non omnes invicem [ἀλληλ . . (εγγύως)] alter pro altero tenentur. Accedit, quod sic quoque obligationes separatae oriuntur, ita ut debitum commune non sit. Nam si T^s et S^s XX, quae mutua acceperint, ita inter se diviserint, ut T^s V et S^s XV nactus sit, ambo autem communiter XX promittant, uterque in X et T^s igitur pro S^o, sed S^s non pro T^o tenetur. Itaque, quantascunque partes promiserint, cum neque umquam invicem alter pro altero teneantur, *ἀλλ. ὑπευθύνους in solidum* obligatos et correos debendi esse sequitur. Etenim ii soli, qui *in solidum* se obligaverunt, invicem alter pro altero creditori tenentur, eorumque debitum vere commune esse liquet, sive pecuniam datam ita diviserunt, ut unusquisque partem acceperit, sive omnis pecunia ad unum pervenit, quo casu certe »exactione creditoris inspecta[9])« invicem alter pro altero obstricti sunt. Qui autem stipulanti creditori ob causam pecuniae mutuae acceptae in solidum promittunt, ii *correi debendi constituuntur.*

Quae cum ita sint, probasse mihi videor, »*ἀλλ. ὑπευθύνους*« nonnisi duos reos promittendi esse posse, neque mirum videtur, quod, qui initio cap. I »*ἀλλ. ὑπ.*« vocati sunt, iidem postea ab Imperatore »*πάντες οἱ ἔνοχοι*« — »*ὅλως ἔνοχοι*« — »*τούτους (ἔχοντος) ὑπευθύνους*« appellantur. Quae voces eo tendunt, ut *ἀλλ. ὑπ.* et initio *ὑπευθύνους* simpliciter vocaturus fuisset, nisi causa exstitisset, ob quam eos ipsos *ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους* et debitum eorum *ἀλληλεγγύως δανεισθέν* significare deberet. Quae causa infra[10]) explicabitur.

9) Cfr. § 25. — 10) Cfr. § 34 in f.

§ 31.

III. Loci nonnulli explicantur, in quibus voces ἀλληλέγγυος et ἀλληλεγγύως occurrunt. — 1. Ii loci, qui ad Novellam nostram non spectant.

I. Constantinus Harmenopulus[1]) in Man. legum l. III. t. VI, qui inscriptus est »Περὶ ἐγγυήτων καὶ ἀντιφωνήτων«, § 17 dicit:

»Καὶ ἀλληλεγγύως δανειζομένη μετά τινος γυνὴ βοηθεῖται,«

quod Reitzius vertit:

»Etiam cum alio mutuum accipiens atque ultro citroque fidejubens mulier adjuvatur.«

Burchardi[2]) versionem Reitzii jam inscriptione tituli confirmari contendit, Asverus[3]) eam comprobare haesitat, Pufendorfius[4]) et Stryckius[5]) Reitzium reprehenderunt. Equidem non dubito in partes Stryckii et Pufendorfii discedere. Nam, quod Reitzius dicit »atque ultro citroque«, id a Constantino scriptum non est, sed a Reitzio mere fictum, et praeterea qui sensus ita voci »καὶ« inerit, quid mulier mutuans »*etiam*« adjuvatur, quae aperte intercesserit? — Immo vero quum voce »βοηθεῖται,« tum verbo »καὶ,« tum eo, quod de muliere agitur, impellimur, ut Constantinum de SC. Vellejano locutum esse accipiamus, et quia SC. Vellejanum non tantum ad fidejussiones, sed ad omnes mulierum intercessiones spectat, inscriptionem apparet tituli, in qua praeterea et ipsi »ἀντιφωνήται« memorentur,

---

[1]) In Supplem. novi thesauri jur. civ. et can. ex coll. et mus. Mermanniano ed. J. L. B. de Meermann. Hagae Com. 1780.

[2]) Burchardi l. l. not. 36. — [3]) Asverus p. 59.

[4]) Pufendorf l. l. § V. — [5]) Stryckius l. l. nr. 1.

nullius momenti esse. Porro autem vox »καὶ,« quae recte a Reitzio »Etiam« reddita est, ostendit, hunc casum aliis vel ceteris antecellere, quae res se ita non haberet, si Reitzium sequeremur. Itaque juste accipimus, Harmenopulum, quippe qui juris Justinianei summarium scripserit, casum L. 17. § 2 ad Sc. Vell. (»Mulier et Titius cum in rem communem mutuarentur, duo rei facti sunt«) in mente habuisse, et si quis objiciat, »δανείζεσθαι« ad solam pecuniae numerationem pertinere, id tam potest negari, quia »δανείζεσθαι« generaliter »mutuari« significat, quam inter omnes constat, usum stipulationis in contractibus, de mutuo reddendo initis, adeo frequentem fuisse, ut eam non secus, ac numerationem pecuniae subintelligere liceat. Omnis autem dubitatio Adverbio (*ἀλληλεγγύως*) adjecto excluditur, de quo respicias, quae supra[6]) scripsimus.

II. Theophanes (chronograph. in Niceph. a. 8) de Constantino Nicephoro haec retulit:

> *δευτέραν σὺν τούτῃ κάκωσιν συνέταξεν στρατεύεσθαι πτόχους καὶ ἐξοπλίζεσθαι παρὰ τῶν ὁμοχώρων παρέχοντας καὶ ἀνὰ ὀκτοκαίδεκα νομίσματα τῷ δημοσίῳ καὶ ἀλληλεγγύως τὰ δημόσια,*

quae in editione Parisiensi p. 411 sic translata sunt:

> »His secundam adjunxit offensionem, pauperibus militiae adscribi et a concivibus armis instrui jussis, qui nimirum per singulos homines octodecim et publica tributa *unus in alterius vicem* publico aerario penderent,«

quae interpretatio plane comprobanda est. — Qui juris aliquam existimat rationem his verbis inesse, eum concedere oportet, illud »ἀλληλεγγύως« hic de expressa fidejussione

6) Cfr. § 29.

intelligi non posse, sed hunc sensum latiorem habere, ut alter pro altero teneatur.

III. Joannes Zonaras (Annal. T. III. p. 179) de Constantino Porphyrogeneta retulit:

> *ἐδογμάτισε τὰς τῶν ἀπολωλότων ταπεινῶν συντελείας εἰςπράττεσθαι ἐκ τῶν δυνάτων. τοῦτο δ' ἐκλήθη ἀλληλέγγυον,*

quod ita vertendum est:

> jussit tributa pauperum a locupletibus exigi. Id autem *ἀλληλέγγυον* vocabatur.

Quodsi ad *ἀλληλέγγυον* vox »*χρέος*« esset subintelligenda, quod quidem minus eleganter fieret, quia Zonaras antea »*συντελείας*« scripsit, aut si *ἀλλ.* proverbialiter dictum sit, tamen non magis contra opinionem nostram afferri potest, quam fragmentum Theophanis.

§ 32.

2. Ii loci, in quibus Novellae nostrae epitome continetur.

I. Tum Heimbach[1]) epitomen Novellae hanc antiquam e Codice Rodlejano (3339) excerptam ad disputationem nostram attulit:

> *Οἱ ἀλληλεγγύως δανειζόμενοι ἐὰν μὴ ὁμολογήσωσι, ὥστε ἕνα ἐξ αὐτῶν εἰς τὸ πᾶν ἐνέχεσθαι, πάντες ἐξ ἴσου ὑποκεῖνται καὶ ἄλλος ἀντ' ἄλλου οὐκ ἐνέχεται· Ἐὰν δὲ ὁμολόγησαν, ὡς εἷς ἕκαστος, καὶ ὑπὲρ τῶν ἀπορούντων ἐξ αὐτῶν ἐνέχεται.*

Qui locus tam clare ostendit, Novellam ex opinione communi recte explicari, ut vix intelligi possit, quemadmodum

---

[1]) Heimbach *Ἀνέκδοτα.* 1840. T. I. p. 264. Zeitschr. f. Civ. R. u. P. Bd. XVI. p. 29 sqq.

Heimbach, quo illam rejiceret, eum potuerit afferre. Nam cum Epitomator, si illi in solidum teneri se velle non promiserint, non tantum dicat: »omnes ex aequo actionem patiuntur,« sed adjiciat: »καὶ ἄλλος ἀντ' ἄλλου οὐκ ἐνέχεται,« fidejussionem mutuam liqueret, si quae revera inita esset, omni effectu privari. Nam is quoque, qui ut fidejussor tenetur, utique pro alio tenetur. Opponi non potest, Epitomatorem Indicativo usum esse, cum in secundo praecepto, quo de omnes consentiunt, eundem Verbi Modum adhibuerit. —

Quod autem ad nostram opinionis communis defensionem pertinet, verba »ὁμολογεῖν« et »ὁμολογία« praecipue ad stipulationem videntur spectare, cujus rei testes afferendi sunt Vigerus et Pape[a]), apud quem exempla permulta allegata sunt. Vim stipulationis, qua numerationis effectus tollitur, pernotam habemus ex

L. 6. § 1 et L. 7 de novationibus,

et quoniam illa verba »omnes ex aequo actionem sustinent, neque alius pro alio tenetur« ad debitores pro parte, qui et invicem fidejussores sunt, referri non possunt, ad reos promittendi autem possunt, ex his quoque colligere licet, »ἀλληλεγγύως δανειζομένους« duos reos promittendi esse. Quodsi quis objiciat, Epitomatorem, qui eos non promisisse (»μὴ ὁμολόγησαν«) scripserit, stipulationem omnem exclusisse, verba diligenter et attente perpendisse non videtur. Etenim primum quaerendum esset, quomodo promissio omnino non facta opponi posset promissioni in solidum factae, cum solidum et partes quidem, minime autem promissio non facta et in solidum facta inter se contrariae sint, deinde, quem ad finem casus ille: »si non

[a]) Vigerus l. l. C. V. S. IX. nr. 1. Pape l. l. s. h. v.

promiserint«, non tantum propositus, sed etiam decisus esset, qui per se liqueret. Nam si ἀλλ. δανειζόμενοι stipulanti creditori non spospondissent ὥστε ἕνα ἐξ cett., pergerent ἀλλ. δαν. esse, et satis fuisset dicere: Οἱ ἀλλ. δαν. πάντες ἐξ ἴσου ὑπόκεινται cett. Uncinae istae igitur invocentur! — Porro et mirum illud edictum: »Omnes ἀλλ. δανειζόμενοι pro aequis partibus actionem sustinent et alter pro altero non tenetur« inepte datum esset, ut jam initio docuimus. — Quamobrem ἀλλ. δανειζομένους ex stipulatione teneri accipimus, et si haec stipulatio solidum amplexa non sit, tum illi pro parte debent, quod si aliter se habeat, etiam pro non idoneis unusquisque tenebitur.

Praeterea autem si ad verba Novellae respicias: »ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, ἐξ οὗπερ — γεγόνασι«, et ἀλλ. ὑπευθύνους cum ἀλληλεγγύως δανειζόμενοις, qui ὡμολόγησαν, compares, interpretationes, quas et hic et supra[3]) suscepimus, alteram per alteram confirmari concedes.

II. Athanasius Scholasticus[4]) tit. 15, c. 2:

> Ὁ ἀλληλεγγύως δανεισάμενος εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι προςομολόγησας παρόντων καὶ εὐπορούντων τῶν συνδανεισαμένων τὸ οἰκεῖον μέρος μόνον ἀπαιτεῖται.

Quod Athanasius primum Novellae casum omisit, non minus contra alias opiniones, quam contra nostram facere videtur, cum Epitome non accurate concepta sit. Nam quae fides haberi potest negligentiae, quae neque confiteatur, neque neget, sed rem dubiam omnino non attingat? Ne quis objiciat, Epitomatorem tacendo negasse, cum tacere non liceat, ubi certatur. Immo vero Athanasium nobiscum facere elu-

[3]) Cfr. § 30. — [4]) Heimbach Ἀνεκδ. I. p. 154.

cebit, si vocem *προςομολογεῖν* stipulationem significare non neges, neque vis Adverbii Participio connexi immemor esse velis. Nam quod primum Novellae praeceptum attinet, nihil impedit, quominus id subaudias[5]).

§ 33.

IV. Quomodo Julianus Epitomator et auctor Vulgatae vocem »ἀλλ. ὑπεύθυνος« transtulerint.

I. Julianus (Epit. Nov. Const. 92), quem Biener[1]) a. 556. scripsisse arbitratur, Novellam nostram hunc in modum excerpsit:

»Si qui *rei promittendi* fuerint, ut alter pro altero fidejubeat et invicem, si quidem additum non fuerit, ut unusquisque ex his in solidum teneatur, tunc pro portione sua sit obligatus. Sin autem additum sit, ut singuli in solidum teneantur, si quidem omnes vel quidam ex his solvendo sint et praesentes fuerint, in ipsos actio competat. Onus autem inopiae *promissoris* vel absentiae praesentes et locupletes *promissores* sustineant. Jubemus autem eos, qui praesto sunt, a competente judice compelli, communiter agenti *stipulatori* respondere, ut ibi cognoscatur, si locupletes sint, annon, ut communiter condemnentur, et qui solvendo sunt, onera inopiae aliorum sustineant. Quodsi judex aditus magistratus non est, per competentem magistratum hoc impetrat. Haec autem in futuris casibus obtineant.«

---

[5]) Cfr. § 35. not. 3. Ribbentrop p. 115. not. 17.

[1]) Biener l. l. p. 75.

Adversarii opinionis communis inde ab Asvero usque ad Dedekindium, nemine fautorum resistente, dicere soliti sunt hanc descriptionem Juliani suis sententiis congruere. Quod non ita est, quia Julianus et »reos promittendi, *ut* alter pro altero fidejubeat« proponit, et, si illi in solidum non adjecerint, praeceptum manifeste sic reddit: »tunc pro sua portione sit obligatus«, quam debiti distributionem comperti sumus ad diversos casus, quam illi quisque pro se volunt, fidejussionis mutuae referri non posse. Nostra autem opinio per Julianum in omnes partes confirmatur. Nam si rei promittendi fuerint, ita ut alter pro altero fidejubeat, eos invicem fidejubere, inde sequi elucet, quod rei promittendi sint. Quodsi Julianus verbo »fidejubeat« notionem vocis »ἀλληλεγγύως« non satis accurate expressit, quae alterum pro altero teneri tantum significet, tamen, qui de fidejussione revera inita ob Conjunctionem »ut« cogitari non potuerit, eum verbo quidem, sed nequaquam ipsa re ab interpretatione nostra dissentire apparet. Porro ubique epitomae stipulatio conspicitur, et quod praeceptum Novellae secundum proponit, per se liquet, sententias opinioni nostrae contrarias beneficio a Juliano descripto non respondere. Qui autem nostram Novellae interpretationem accurate pernoverit, vix quidquam inveniet, quod huic Epitomae contrarium sit.

II. Novellae translatio, quae in Vulgata continetur, inscripta est: »De reis promittendi,« vox autem ἀλλ. ὑπ. ibi transfertur: »alterna fidejussione obligati.« Ex hac vocis translatione argumentum quidem contra opinionem communem derivari poterit, sed nulla per eam corroboratur sententia alia, nisi forte ea, quam Franciscus Balduinus proponit. Titulus autem Novellae, quem Vulgata

habet, quamvis Asverus contra disputet[2]), opinionem communem adjuvat. Asverus enim, verbis Graecis »Περὶ ἀλληλεγγύων« inspectis, putat translatorem obligationem accessoriam praeteriisse. Quod si fecisset, veram verbi »ἀλληλέγγυος,« notionem neglexisset, quin falso reddidisset. Porro, quia verbum »ἀλληλέγγυοι« non voce »rei promittendi«, sed »alterna fidejussione obligati« transtulit, inscriptio Novellae ostenderet, translatorem inscriptionis Graecae, si ad fidejussores mutuos pertineret, nullam rationem habuisse. Immo vero inscriptione Latina apparet auctori contrariam sententiam placuisse, sive inscriptionem Graecam novit, sive ignoravit. — Quod autem verba »alterna fidejussione obligatos« attinet, auctor Vulgatae iis potius Justinianum, quae sit obligationis correalis vis atque indoles, paraphrasi exprimentem imitari, quam opinionem communem rejicere videtur. Postea quidem »quod sub alterna promissione creditum est, *aut* ex quo omnino obligati sunt« legitur, quamobrem putari posset, iis verbis priora »alterna fidejussione obligati« denuo repetita esse. Quo casu tamen auctor rectius »alterna *ad*promissione« usus esset, et praeterea illud: »aut ex quo omnino obligati sunt,« tam inepte et superfluo addidisset, ut omni sensu careret. Immo vero cum Particulam »aut,« quae, contra textum Graecum inserta, sensu inepto utatur, cum Heimbachio[3]) prorsus ejiciendam censeamus, nihil est, quod a nostra interpretatione abhorreat, quin posteriora verba: »Sic enim et omnes rei obligabuntur« eam omnino adjuvare videntur.

---

[2]) Asverus p. 56.

[3]) E. Heimbach, Authenticum. Novell. constit. Justin. vers. vulgatae. 1846—52. Nov. 99. — Cfr. § 30. not. 2.

§ 34.

V. Quae fuerit causa, ob quam Imperator correos debendi significaturus voce »ἀλλ. ὑπ.« usus sit.

Ambigi non poterit, interpretationem nostram ita in omnes partes confirmatam esse, quae et linguae Graecae regulis et rationibus juris fulta, nunc et scriptorum sententiis, quas inspeximus, stabilita sit, qui, sive ipsam Novellam retulerunt, sive voces »ἀλληλεγγύως« et »ἀλληλέγγυος« alio quocumque sensu adhibuerunt, derivationem a nobis factam haudquaquam redarguerint, immo vero cum ea consentire videantur. Jam vero expediet inquirere, quae causa Imperatorem impulerit, ut voce ista ancipite et dubia usus sit.

Fuerunt[1]), qui Imperatorem necessitate, ut eam adhibuerit, coactum esse dicant, quoniam alia vox defuerit, qua correi apud Graecos significati sint. Quae solutio neque interpretationi nostrae conveniens est, neque potest cum iis vocibus conciliari, quibus Imperator praeter eam, de qua agimus, usus est, quasque antea novimus.

Alius quidam scriptor[2]) suspicatus est, Imperatorem eo commotum esse, quod beneficium divisionis, quod Novella nostra duobus reis indulserit, jam antea fidejussoribus competierit. Quae ratio, quamvis explicationi nostrae non magis, quam illa congruat, quam nuper rejecimus, tamen jam ideo comprobari nequit, quia mandatoribus et constitutoribus idem beneficium datum erat, correi debendi

---

[1]) Utputa Anton. Faber. cfr. § 25. not. 17.

[2]) Joa. Goeddaeus l. l. nr. 132.

autem non magis fidejussores, quam mandatores et constitutores esse videntur.

Rectius vero Georgius Friedericus Puchta[3]), cujus ingenium immortale, nulla difficultate impeditum, quasi divino acumine hic quoque veritatem detexit, hanc sententiam professus est:

> »ein nicht juristisch technischer Ausdruck für die Uebernahme einer Correalschuld (da wo man sonst nur pro parte haften würde).«

Miram enim illam vocem atque singularem a Justiniano mere affectatam esse, eo clarissime apparet, quod et alia[4]) adhibuit in Novella nomina, quibus reos promittendi significaret.

Dubium esse nequit, quin Justinianus verbis »*ἐκείνους .. γεγόνασι*,« quae supra interpretati sumus, ipsam rationem innuerit, qua inductus sit, ut duobus reis beneficium divisionis accommodarit, id quod praeterea verbis »*καὶ μὴ τὸ κοίνον χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος*« manifeste declaratur[5]). Atque cum, quae sit illorum cum verbis »*ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι*« conjunctio, exposuerimus, merito contendimus, Imperatorem statim ab initio rationem legis demonstrare voluisse. Quae conjectura rata tibi erit, praecipue si consideres, quo loco vox illa undique disputata posita sit, ita ut legislator tam ad prooemium, quam ad ea praecepta lectorem ablegare videatur, quae protinus sequantur.

---

[3]) Puchta Vorles. Bd. 2. p. 37.

[4]) Cfr. § 30 in f.

[5]) Cfr. § 30 init.

Caput III.

Praecepta Novellae explicantur.

§ 35.

I. Praeceptum Novellae primum.

Hocce praeceptum in oratione antecedenti jam saepius[1]) attigimus. Justinianum verbis:

»*Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν μὴ προςθείη τὸ δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι.*«

edictum vere novum proposuisse ostendimus, et operam dedimus, ut juste et consulto eum ita edixisse probaremus. Quamobrem hic tantum adhuc nonnulla adjicienda sunt, quae quum ad opinionem nostram explicandam, tum ad eandem contra argumenta quorundam adversariorum defendendam respiciunt.

Quod ad occasionem legis spectat, Ribbentrop[2]) legislatorem arbitratur hoc legis praecepto abusui prospicere voluisse, qui eo tempore in interpretatione stipulationum obtinuerit. Quam conjecturam prorsus falsam esse non contendam, tamen argumenta antea contra Girtannerum allata etiam adversus Ribbentropium puto locum habere. — Immo vero cum legislatorum sit, et futuris, quibus cives affligi possint, damnis prospicere, et utilitati subditorum quoquo modo consulere, causa satis sufficiens adest, ex qua occasionem condendae legis sumamus. Ad quam et ea respicere

---

[1]) § 1. 14. 26. 30. 32, II. — [2]) Ribbentrop p. 115. 116.

videntur, quae Ribbentrop de dubiis vel obscuris cautionum verbis annotavit.

Deinde Justinianus praecepto nostro veterem istam juris regulam[3]): si plures unam summam communiter promiserint, omnes in partes aequas teneri, quodammodo quidem repetere videtur, ita tamen, ut eam de pluribus reis promittendi proposuerit. Etenim sanxiit, ne nexus correalis praesumatur, sed ut voluntas partium, quae ad eundem nexum tendat, expressis verbis et certo modo declaretur. Quae regula cum nulla explicatione uberiore indigeret, eo simul explicatur, cur Justinianus praecepti secundi paene omnem rationem habuerit. —

de Vangerow[4]) opinionem communem reprehendit, ex qua Imperator parum eleganter et consequenter constituerit: »Wenn Jemand mehrere Correalschuldner annimmt und diese haben nicht versprochen, dafs jeder für das Ganze haften wolle, so *sind* es keine Correalschuldner cett.« — »Nachdem also zuerst von der allgemeinen Voraussetzung ausgegangen würde, dafs mehrere Correalschuldner *da seien*, würde als Unterfall ein solcher hingestellt, in welchem *keine vorhanden seien!*« Sed primum Vangerow neque perpendisse, Particula *εἰ* cum Optativo non rem facti, sed fictionem[5]) indicari, neque Optativi Aoristi (*λάβοι* . . *προσθείη*)[6]) rationem habuisse videtur,

[3]) L. 8. 11. § 2 de duo. reis. Cfr. Dedekind p. 1. not. 1. Savigny Obl. R. Bd. I. § 16. not. *b*.

[4]) Vangerow l. l. p. 90. 91.

[5]) Matthiae l. l. § 523. 3. G. Curtius, Griech. Schulgramm. § 546. 549.

[6]) Curtius l. l. § 495: »Der Conjunctiv, Optativ, Imperativ und Infinitiv des Aorists bezeichnen die eintretende Handlung *schlechthin*, mag dieselbe nun in der Gegenwart, Vergangenheit oder Zukunft liegen cett.« Krueger § 53. 6. A. 4. 9.

qui vim Futuri exacti Latini prae se ferat, quamobrem »annimmt« et »da seien« auctor noster non satis accurate scripsit. Deinde Imperator illum casum, »in welchem keine vorhanden«, omnino non proposuit. Ait enim: »wenn nicht hinzugefügt sein sollte, dafs auch einer von diesen in solidum haften solle,« ita ut promissione expressa postulata non eum casum significet, in quo correi non sint, sed in quo correi debendi pro jure veteri correi quidem esse permaneant, tamen ex hac lege nova pro correis habendi non sint. de Vangerow enim dispositionem legislatori aperte falsam subjicit, qui non dixerit: »so sind es keine Correalschuldner,« sed praescripserit: »so sollen sie nicht als Correalschuldner, sondern als Schuldner pro parte *behandelt* werden.« Quamobrem auctorem nostrum thesin cum hypothesi confudisse liquet.

Aliud Vangerovii[7]) argumentum »dafs man nicht einsieht, weshalb zur Begründung einer Correal-Obl. gerade immer der Gebrauch der Worte »in solidum« nöthig, und namentlich die so äufserst *sprechende Form,* welche Justinian selbst in den Institutionen angibt, nicht mehr hinreichend sein soll,« ipsis Justiniani verbis refutare possumus, qui secundum praeceptum his verbis incipiat:

»εἰ δὲ καὶ τι τοιοῦτο προςτεθείη.«

Denique, quae sit conjunctio praeceptorum, jam saepius explicuimus[8]). Constat notionem vocis ἀλλ. ὑπ., mutui dationem, stipulationemque utrique communem esse, constat utrumque verum praeceptum esse. Ideo, qui alterum cum opinione communi ratum habeat, ei alterum quoque agnoscendum esse consequitur.

[7]) Vangerow l. l. p. 91. 74. Cfr. supra § 1.

[8]) V. § 16. 30. 33. junct. § 10. 14, III.

§ 36.

II. De praecepto secundo. — 1. Nonnullae Novellae partes explicantur.

Ex opinione communi Justinianus correis debendi beneficium accommodavit divisionis. Quam opinionem cum in universum defendamus, neque in hac parte deseremus. Nec veremur, ne jurisperitis ab ea deflexisse videamur. Quamvis enim nobis, quae de beneficio divisionis a pluribus scriptoribus doceri solent, omnino displiceant, tamen nostra a ceterorum sententia adeo non abhorret, ut nos dissensisse jure quis contendere possit. Res enim ita se habet, ut, dum plurimi opinionis nostrae propugnatores beneficium divisionis, quod communem omnium conventionem attinet, per Novellam paullulum mutatum indulgeri contendunt, nos e contrario censeamus, communi omnium conventione ipsum beneficium Epistolae D. Hadriani constitisse. Quamobrem de Novella cum illis consentimus, etsi de jure Epistolae alia profitemur.

Antequam vero beneficium Novellae explicari potest, nonnulla sunt praemittenda, quae ad interpretandas singulas constitutionis nostrae partes ac verba spectant.

I. *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* — Vocabulum *σύμφωνον*, quod ad conventionem quamlibet pertinere potest, a plerisque de pacto adjecto, quo *ἀλλ. ὑπ.* expresse in solidum se obstrinxerint, solet intelligi, id quod comprobari non posse jam antea[1]) ostendimus. *Ἀλλ. ὑπ.* cum correi sint debendi, atque legislator conventionis, praeterea ab iis initae, mentionem non fecerit, sed jam ab

[1]) V. § 17, III. coll. § 15, II. § 16, I.

initio, cum correi accepti sint, promissionem solidi adjectam esse proponat, verbum *σύμφωνον* nonnisi contractum indicare potest, *quo correi* facti sunt, cui igitur verba »in solidum« aut similia inseruerunt. Itaque secundum ea, quae in capite antecedenti exposuimus, »*σύμφωνον*« stipulationem in solidum contractam significat, id quod eo confirmatur, quod verba *φυλαχθήσεται ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος* pariter ad universam conventionem spectant[2]).

II. *φυλάττεσθαι μ. τ. σ., οὐκ εὐθὺς μέντοι τὴν ἀρχὴν ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι, ἀλλὰ τέως μὲν κατὰ τὴν μοῖραν, καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται, χωρεῖν δὲ αὐτὸν καὶ κατὰ τῶν ὑπολοίπων, εἴγε καὶ εὔποροι καθέστασι καὶ ἐνδημοῦσι.* — Quae verba Osenbrueggen, qui in Corpore juris civilis a fratribus Kriegeliis edito Novellas denuo recensuit, una periodo comprehendit, eaque igitur in re nobis auctor factus est, dum editores priores post »*ἐνέχεται*« colon ponunt, quo verba »*χωρεῖν* .. *ἐνδημοῦσι*« a prioribus omnino segregant. Quod si fit, periodo »*ἀλλὰ* .. *μοῖραν*« Subjectum liquet et Verbum nec non fortasse Objectum deesse, quae partes ex enuntiatione priore, cui haec per Particulam *ἀλλὰ* contraria efficiatur, subaudiuntur. Auctor enim *Vulgatae*, qui verba illa sic transtulit:

> »non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi, sed interim secundum partem, qua unusquisque obligatus est,«

fortasse *ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι*, *Haloander*, qui ea sic reddidit:

> »n. t. protinus a. i. singuli in solidum exiguntor, sed interim pro parte, pro qua quisque tenetur,«

---

2) V. § 36, V.

ἑκ. ἀπαιτ., *Hombergkius* autem, qui ea hunc in modum transvertit:

»n. t. statim a. i. solidum a singulis exigatur, sed interim pro parte, qua qu. t.«

ὁλόκληρον ἀπαιτ. subaudire videtur. Itaque Hombergkius pro Subjecto enuntiati antecedentis »ὁλόκληρον« habuit, quod cum auctore, ut videtur, Vulgatae credidit ita exigi debere, ut partes omnium simul atque conjunctim peterentur. Vulgata autem et praecipue Haloander ἕκαστον Subjectum esse acceperunt.

Regula artis grammaticae haec est[3]): si Activum cujus Verbi duos requirit Accusativos Objectorum (τίνα τὶ), unus ex his casibus in Passivo ita mutatur, ut, Accusativo rei integro servato, Accusativus personae Subjectum fiat, quocirca Haloander et Vulgata recte existimarunt, »ἕκαστον« Subjectum et hujus, qua de supplenda agitur, et antecedentis periodi accipiendum esse[4]).

Supplemento igitur Hombergkiano remoto jam illi, quod fortasse auctori Vulgatae placuit, persuasum mihi habeo sensum repugnare. Quid enim est, quod Imperator edixerit:

»n. t. m. a. i. u. i. s. exigi, sed interim unumquemque in solidum exigi secundum partem, q. u. o. e.«?

---

[3]) Krueger § 52. 4. A. 6. Curtius § 402. A. Pape s. v. αἰτέω.

[4]) Quamquam Subjectum Nominativum requirit, tamen non falso ἕκαστον Subjectum esse contendimus, cum legislator in edicendo Accusativis cum Inf. pro Imperativis usus sit. — Alia quidem quaestio fundamento meliori nititur, utrum scilicet ἀπαιτεῖσθαι Passivum, an Medium sit, quia et ipsum Medium duplicem illum Accusativum habere potest. Quae quaestio, cum ad interpretationes, quibus de hic agimus, non respiciat, infra § 39 tractabitur.

Quemadmodum debitor *secundum partem*, qua *obligatus* est, *in solidum* poterit conveniri?

Verum ne Haloandri quidem supplementum ratum haberi potest, quamquam vitium, quo laborat, voce »singuli« adhibita faciliter abscondidit. Nam si »ἕκαστον« cum Vulgata accuratius »unusquisque« transvertas:

> »n. t. p. a. i. unusquisque i. s. exigitor, sed interim unusquisque pro parte exigitor, pro qua unusquisque tenetur,«

Imperatorem, ad quem cogitatio Haloandrina pertinuisset, voce ἕκαστος intelligis in enuntiatione, quae per Pronomen relativum periodo principali annexa est, uti non debuisse, et praeterea hoc Haloandro quoque obstat, quod pars, pro qua quisque tenetur, nullo verbo significatur ea esse, pro qua principaliter obstrictus sit.

Alia supplementa neque exstant, neque inveniri possunt, si ex oratione antecedenti periodus explenda est. Itaque ipsam ellipsin et interpunctionem, qua nititur, eo magis rejiciamus oportet, quo minus illa orationis figura praesumenda est. Eidem autem interpunctioni vocem »τέως μὲν» obsistere puto. Longe quidem absum, ut iis contradicturus, qui interpretationem veterem comprobant, ad id me referam, quod auctor Vulgatae ceterique translatores notiones »ab initio« et »interim,« etsi nihil contrarii habeant, inter se opponere videantur, ut concedam, iis periodos alteram alteri contrarias visas esse. Verum ex iis quaero, quo sensu illud »τέως μὲν« instructum sit. Ante *Dedekindium* nemo exstitit, qui ad hanc quaestionem respondit; is vero ait[5]): »Particula autem μὲν post ver-

[5]) Dedekind p. 165. not. 1. coll. p. 160.

bum τέως sine adjecta particula δὲ dubitationes excitare non poterit; nam et saepissime deficere hanc constat et praecipue hoc loco verba τέως μὲν spectare videntur ad omissam sententiam quandam, qualis est: »ἕως ἀπόρως ἔχοντες οἱ λοίποι φανεῖεν««. — Illud concedentes[6]) de sententia omissa inquiremus, quam e verbis princ. cap. I »εἰ δὲ καὶ ἀπόρως .. ἠδυνήθη« haustam esse neminem fugere potest. Quae verba quod attinet, cum enuntiatum principale Subjecto careat, »reliquorum« autem reorum in propositione mentio fiat, Dedekindio et primum illud explorandum et deinde, quod ad hos pertinet, probandum fuit, talem continentiam esse periodorum[7]), ut iis, quae de reliquis proposita sint, in interpretanda voce »τέως μὲν« uti liceat. Periodus enim »εἰ .. ἠδυνήθη« cum periodo »ἀλλὰ .. ἐνέχεται« nonnisi per periodum »χωρεῖν δὲ .. ἐνδημοῦσι« conjungi potest, quam is, qui secundum veteres interpretes interpungit, ab antecedenti omnino sejungit, ita ut, si illa tamen cum hac conjungenda esset, magis »χωρεῖν γὰρ«, quam »χωρεῖν δὲ« Imperatori scribendum fuisset. Etiam vero si eam periodorum conjunctionem adesse demonstrasset, tamen sententia illa omissa rejicienda esset. Dedekindium enim ita conclusisse elucet: creditor unumquemque in solidum convenire interim vetatur, quia adversus reliquos quoque pro parte experiri jubetur, — quae conclusio vituperari non potest. Conclusio autem sequens: quia creditor reliquos convenire debet, si solvendo et praesentes sint, nullatenus autem, si egeant vel absint, unum in solidum convenire vetatur, donec (ἕως) apparuerit, eos egere aut abesse — penitus falsa est, cum Imperator respectu ceterorum *non tempus* (ἕως), sed *con-*

[6]) Krueger § 69. 60. Pape s. h. v. — [7]) Vide § 40.

ditionem (*εἰ*) demonstrarit. Ergo si unus in solidum interim non eligi debet, quia creditor adversus reliquos pro partibus agere jubetur, ille quoque non ad tempus, sed sub conditione in solidum eligi (»interim«) vetatur[8]). — Quae cum ita sint merito contendimus, supplemento Dedekindiano vocem »*τέως μὲν*« non explicari, atque cum alia ejusdem vocis interpretatio non exstet, neque, quae ea justior sit, solutio inveniri possit, interpunctionem, qua de agitur, rejiciamus oportet et Osenbrueggenianam sequamur. Qua adoptata neque ellipsis accipitur, neque oratio parum elegans aut plane inepta obtruditur legislatori, neque voci »*τέως μὲν*« notio contraria deerit.

Verbis enim *τέως μὲν* — verba *χωρεῖν δὲ opponi* censemus. Dedekindio[9]), qualis eorum sit antithesis, quaerenti haec consideranda sunt: Imperator creditorem interim quidem contra reliquos quoque procedere jubet, *procedere* autem jubet — aut ita: Imperator edixit, ut creditor et contra reliquos procedere debeat, etiamsi interim tantum[10]). Quo

---

[8]) Utrum autem unus ex correis in solidum eligi non debeat, *donec*, an *nisi* apparuerit cett., ea in re id discrimen inesse videtur, quod, si jam ab initio creditor persuasum sibi habeat et postea judici probare possit, ceteros egere vel abesse, nequaquam tamen ei permittitur illis relictis cum uno in solidum experiri, sed nonnisi illorum facultatibus excussis in solidum agere poterit. — Dedekind vocem *φανεῖεν*, quod ad copiam solvendi quidem attinet, nobiscum ad cognitionem judicis respicere arbitratur, sed praesentia aeque conditio est beneficii Novellae, cujus cur rationem auctor hoc loco non habuerit, secundum sententiam Dedekindii non assecutus sum. — Quaestio illa, utrum effectus a nobis descriptus sententiae Dedekindii de Novella universae congruat, necne, ad nos non pertinet, cum eandem interpretationem amplectentes alio tamen fundamento nitamur.

[9]) Dedekind § 82, 1. — [10]) Cfr. Matthiae l. l. § 622, 3.

orationis modo Imperator significat, creditorem actionem interim contra reliquos quoque, si solvendo et praesentes sint, instituere debere, donec in judicio *certius* apparuerit, eos revera solvendo non esse, id quod postea[11]) accuratius explicabitur. — Dedekind[12]) e contrario verba *χωρεῖν δὲ* et *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* pro thesi et antithesi habuit, eo fortasse inductus, quod beneficium excussionis affectavit. Qua de re jam supra[13]) annotavi, vocem »*μέντοι*« sic omni sensu privari, sed praeterea hic praetermittendum non est, »*μέντοι*« eodem modo, quo *δὲ*, Particulae *μὲν* respondere[14]). Ne autem quis »*χωρεῖν δὲ κτλ.*« verbis »*φυλ. μ. τ. σ.*« crederet opponi, Imperator non tantum his enuntiatum »*οὐκ εὐθὺς μέντοι κτλ.*«, sed etiam huic periodo »*οὐκ εὐθὺς μέντοι κτλ.*« enuntiationem insequentem, Particula adversativa *ἀλλὰ* adhibita, contrariam effecit, ita ut, etiam si interpunctio Osenbrueggeniana cuiquam probata non esset, »*χωρεῖν δὲ*« tamen a »*φυλάττεσθαι μὲν τ. σ.*« omnino discretum esset. Qui autem Osenbrueggenium nobiscum sequitur, cum »*τέως μὲν*« et »*χωρεῖν δὲ*« eadem in periodo collocata sint, nequit dubitare, quin »*χωρεῖν δὲ*« ad »*τέως μὲν*« referri oporteat, si sensu inspecto referri possit. Quod sensu non prohiberi secundum ea, quae initio hujus explicationis proposuimus, neminem latebit.

κατὰ τὴν μοῖραν κτλ. — Vide quae infra[15]) explicabimus.

Hucusque *ἀπαιτεῖσθαι* pro Passivo habuimus, rectius tamen Medium esse accipitur. Etenim non tantum Activum, sed etiam Medium *αἰτεῖσθαι* cum duobus Accusa-

---

[11]) Vide § 40. — [12]) Dedekind § 82 init. et nr. 1.
[13]) Vide § 18. — [14]) Matthiae l. l. nr. 7. — [15]) Vide § 38, I.

tivis Objectorum conjunctum reperitur[16]). Itaque si Medium a legislatore adhibitum esse putamus, Subjectum ad hoc respiciens Pronomen αὐτὸν esse oportet, quod eo magis accipiendum est, cum ita ambobus Verbis postpositum sit (ἀπαιτεῖσθαι — χωρεῖν δὲ αὐτὸν). Qua periodi solutione comprobata apparet, quamobrem Imperator Pronomine uti potuerit, quod identitatem, ut ita dicam, significet. Persona enim, quae Subjectum fuit propositionis (Εἴ γάρ τις ἀλληλεγγύως κτλ.), Subjectum repetitur et ipsius dispositionis. Si vero interea ἕκαστον (ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι) Subjectum factum esset, quomodo legislator αὐτὸν, quod revera ad ἕκαστον respiceret, scribere potuisset, quo inepte potius pro »ὁ κρεδίτωρ« vel »ὁ ἐναγών« usus esset. Jam vero sententia nostra adoptata nemo dubitabit, quin justa causa ei fuerit, ob quam creditorem simpliciter Pronomine »αὐτός,« debitores autem Pronomine »ἐκεῖνος« designarit[17]).

Quia tamen hucusque nemo exstitit, quin »ἀπαιτεῖσθαι« pro Passivo habuerit, in disputatione sequenti idem, quod reliqui volunt scriptores, genus tenebimus, ne probationis fundamentum concussum esse putet, qui forte »ἀπαιτεῖσθαι« Medium esse agnoscere nolit.

III. ἐκείνους κινδυνεύειν ἐκπληρῶσαι. — Quaeritur, qui illi »ἐκεῖνοι« sint. Haloander, postquam initio dixit: »Et quidem, si ita se res habere videatur, ut et *omnes* illi solvendo sint et in rem cett.,« pergit: »periculum cuiquam (? l. cuique) illorum immineto,« ita ut fortasse »ἐκείνους« de omnibus reis adhiberi vere senserit,

---

16) Cfr. Krueger l. l. § 47, 15. Pape l. l. s. v. αἰτέω. Neque verendum est, ne ἀπαιτεῖν in Medio eodem modo, quo αἰτεῖν, in notionem »rogare« transeat, quia ἀπαιτεῖν »zurückfordern« significat.

17) Krueger l. l. § 51, 5. 7.

quamvis initio »omnes illi« falso scripserit. Vulgata atque Hombergkius simpliciter »*illos*« et »*illis*« habent, neque igitur, qui »illi« sint, significarunt. — Cum »ὑπόλοιποι« Subjecta sint propositionis, putare quis possit, eosdem verbo »ἐκείνους« indicari, praecipue cum partes eorum accedere (ἐκ πληρῶσαι) videantur. Sed si de reliquis cogitandum esset, Imperatoris fuisset, Pronomen »αὐτοὺς« vel »τούτους,« non autem »ἐκείνους« adhibere[18]). Immo vero »ἐκείνους» de *omnibus* debitoribus intelligatur oportet. Primum enim postea scripsit: καὶ μὴ τὸ κοίνον χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος; nemo autem »ὑπολοίπων« totum onus in se recipere potest, si creditor jam cum uno litem (pro parte vel toto debito) contestatus sit. Sin vero »ἐκείνους« de omnibus correis intelligitur, totum debitum ad electum solum pertinet, si ceteri simul cum eo non conveniuntur vel partes solvere non coguntur. Deinde autem etiam in ceteris Novellae partibus »ἐκείνους« omnes reos esse oportet:

§ 1. ἄγειν κἀκείνους εὐθὺς, cum Imperator de utroque vel omnibus agat.

§ 2. κἀκείνους παραγίνεσθαι, cum et de reliquis hic omnino non sit locutus Imperator et de iisdem agat, ad quos etiam § 1 spectat.

princ. κἀκείνοις φυλαχθήσεται κτλ. et ἐκεῖνοι συμφωνήσαιεν. Quod ad illud pertinet, videsis, quae sub nr. V exponemus, quod ad hoc, verbis »καὶ ἕκαστος ἐνέξεται, ὥσπερ ἐξ ἀρχῆς συνεγράψατο« omnem dubitationem excludi putamus.

IV. καὶ εἰς ἐκεῖνο ἐνέχεσθαι. — Apparet huic periodo Subjectum deesse. Quod Vulgata »in illud teneri«

18) Krueger l. l.

habet, falsum est, si versio ea hoc sensu fungatur: »so soll gehaftet werden«, cum Passivum ἐνέχεσθαι Activo »haften« congruat. Translatio Hombergkii »in illud teneantur« declarat, Subjectum »illi« ab eo suppleri; sed neque »reliqui«, quorum in propositione mentio facta est, neque »omnes« in id, quod ab »aliis« (παρὰ τῶν ἄλλων) non servetur, possunt teneri. Rectissime autem Haloander dicit: »in illud tenetor obnoxius«, »ἕκαστον« igitur aut »τίνα« subintelligens. Potest enim »ἕκαστος« Subjectum existimari, quia Imperator in propositione de reliquorum absentia inopiave agit, »reliqui« autem in initio principii cap. I. »unicuique«, quem fortasse, nisi Novella lata esset, creditor in solidum exacturus fuisset (ἑκ. ὁλόκλ. ἀπαιτεῖσθαι), opponuntur, atque »reliqui« vel »omnes« Subjecta dispositionis esse nequeunt. Tamen si L^s, T^s, S^s plures rei promittendi sint, et L^m et T^m solvendo non esse appareat, quomodo »quisque« in id tenetur, quod a ceteris recipi non potest? Immo vero S^s, qui solvendo est, pro L^o et T^o tenebitur. Quamobrem pro demonstrativo (ἕκαστος, jeder) *Pronomen indefinitum* (*τίς, ein Einzelner*)[19]) rectius adhibetur, neque verbum aliquod, quod Subjectum adhiberi possit, ipso Pronomine indefinito propius est loco. Paulo antea enim, cum reliquos solvendo et praesentes esse poneret, Imperator »μὴ τὸ κοίνον χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος« scripsit; jam vero, ubi eos pauperes aut absentes esse accipit, »τὶς« Subjectum sit necesse est. Hoc igitur Subjectum tam sensu requiritur, quam loco, in quo legitur, demonstratur, nec non per se potest subaudiri[20]).

V. οὕτω γὰρ κἀκείνοις φυλαχθήσεται ὁ τοῦ ''μφώνου τρόπος. — Codices aut »κἀκείνοις« aut

19) Pape l. l. s. h. v. — 20) Krueger l. l. § 61. 4. A. 5.

»κἀκείνῳ« legunt[21]). Lectionem »κἀκείνῳ« Burchardi[22]) ad creditorem retulit, quia promissio in solidum facta non debitoribus, sed creditori utilitatem praebeat. Sed neque φυλάττειν necessario de commodo conferendo intelligendum est, sed simpliciter verbo »beobachten« reddi potest, et illa interpretatio efficit, ut Imperator verbis »καὶ οὐδεμίαν ὑποστήσεται ζημίαν ὁ ἐνάγων« acta agere videatur, Particulae καὶ — καὶ igitur sensu idoneo careant[23]). Praeterea Imperator voce »ἐκεῖνος« ubique in Novella ad debitores significandos utitur[24]). — Pronomine »ἐκεῖνος« ad debitores relato et lectione »κἀκείνῳ« comprobata periodus sic transferenda est:

> »Denn so wird sowohl gegen jenen der Character der Convention gewahrt, als auch der Kläger nicht geschädigt werden«,

ita ut »κἀκείνῳ« ad Subjectum periodi »καὶ εἰς ἐκεῖνο ἐνέχεσθαι« referatur et Justinianus de ipso praecepto antecedenti ita locutus esse accipiatur. Idem vero praeceptum verbis »καὶ ἕκαστος ἐνέξεται, ὥσπερ ἐξ ἀρχῆς συνεγράψατο« aperte attigit, et quia praeterea enuntiatum »καὶ .. ἐνάγων« sic ineptum efficitur, cum, si et unus in solidum tenetur, per se liqueat, nullum actori damnum oriri posse, non dubitamus, quin lectio »κἀκείνοις« praeferenda sit. Quae cum ad omnes correos pertineat, quia Subjectum, postremum allatum, »τίς« fuit, ea lectione comprobata vitia illa evitantur, quae antea reprehendimus, et Justinianus ad omnia, quae hucusque quum de uno aliquo, tum de omnibus constituit, respicere videtur. »Ὁ τοῦ

21) Cfr. Dedekind § 81 et scriptores, qui apud eum allegantur. de Vangerow l. l. p. 97 Dedekindio assensit.

22) Burchardi l. l. p. 59. — 23) Dedekind l. l. — 24) V. supra nr. III.

συμφώνου τρόπος« enim naturam totius negotii, qualem legislator animo comprehenderit, complectitur, nimirum ut in solidum promittentes alter pro altero invicem creditori securitatem in tantum praestent, ut nullum nomini solvendo periculum immineat, quod si ad eum, ceteris idoneis existentibus praesentibusque, pertinere nequeat, Imperator ex eodem *συμφώνῳ* accipit, creditorem nulla securitate egere et partes solvi debere.

§ 37.

Continuatur.

VI. Princ. Cap. I.: *οὕτω .. συγχωρούμενος* — et § 1: *οὕτω .. προβήσεται.* — His verbis non edici, jam supra[1]) explicavimus, hic autem adjiciendum est, secundam solam, non tertiam Singularis et Pluralis Futuri personam Imperativi vicem habere[2]).

VII. *ὑποθέσιν.* — Rectius, quam Vulgata »negotium», Hombergkius hanc vocem »*causam*« transtulit, cum tota res in judicium deducta proponatur et ipsa verbi notio omnia complectatur, quae judicis inquisitioni submittantur.

VIII. *κατὰ τὴν τοῦ νόμου τάξιν.* — Quod Burchardi[3]) his verbis, cum, quam Imperator designare potuerit, nulla de duobus reis lex adsit, decerni credidit, quos debitores legislator intellexerit, auctor non perpendit, ea ad exactionem solidi, ergo ad ipsam nostram constitutionem respicere, sed opinatus est Nov. 4 indicari[4]). Sed exstant leges, ex quibus a correis solidum peti possit.

---

[1]) V. § 12. — [2]) Matthiae l. l. § 498, lit. d. Krueger l. l. § 53, 7 et 4. Curtius l. l. § 499. A.

[3]) Burchardi l. l. p. 61.

[4]) Vangerow l. l. p. 89 eandem sententiam fateri videtur.

IX. Quod ad § 2. cap. I. Nov. 99 attinet, paraphrasis ejus a Planckio[5]) conscripta inspiciatur.

§ 38.

2. Beneficium Novellae beneficium esse divisionis seu Epistolae D. Hadriani ostenditur. — *a*) De actione divisim instituenda atque de exceptione Epistolae D. Hadriani.

Beneficium divisionis, quale in alia nostra dissertatione explicavimus, Justiniano imperante eam indolem habuit[1]), ut creditor debitum aut partem debiti, quam exacturus est, ab iis, qui litiscontestationis tempore locupletes et praesentes sunt, una adversus omnes in solidum instituta actione petat, et judex, singulorum facultatibus examinatis, eos, prout idonei visi sint, aut pro virilibus aut pro diversis partibus aut in solidum condemnet. — Beneficium Novellae igitur beneficium divisionis esse contendentes primum *communem omnium conventionem* ab Imperatore in Novella statutam esse demonstrabimus. Probationis materia cum potissimum e § 1, collata cum principio cap. I, a nobis hauriatur, hic interim in universum praemonendum est, principio jura partium explicari, § 1ᵃ mandatum judici injunctum contineri, quemadmodum causam tractare debeat, § 2ᵃ edici, quomodo rei in jus vocandi sint, si forte judex sit delegatus. Non verentes, ne quis contradicturus exsistat, adjicimus permissum esse, ut § 1 et 2, quas ad solum secundum Novellae praeceptum inter omnes constet pertinere, cum principio comparemus et, nisi ipse sensus impedimento sit, libere conjungamus, quod hucus-

[5]) Planck l. l. p. 111. 112.

[1]) Cfr. diss. mea laud. § 48—54.

que ab omnibus novimus interpretibus factum esse. Postremum contendimus, in principio periodum »*οὐκ εὐθὺς .. ἐνδημοῦσι*« ad actionem instituendam pertinere, verba autem »*καὶ εἰ τοῦτο .. ἠδυνήθη*« judicio formam dare, id quod postea probabitur. Cum illo enuntiato verba § 1 »*Εἰ .. εὐθὺς*« et »*οὕτω .. εὐθυνθήσονται*« nec non § 2 »*ἀναγκάζειν .. γίνεσθαι*«, cum hoc autem edicta § 1ae, quae verbis »*τὸν τῆς .. ψῆφον*« continentur, et enuntiationem »*καὶ .. ἐξετασθήσεται*« conciliare studebimus.

I. *De actione divisim instituenda.* — Justinianus creditorem cum reliquis quoque jubet experiri *κατὰ τὴν μοῖραν, καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται.* Et verbo »*μοῖρα*«, quod recte »portio«, »Antheil« transferendum est, et eo, quod Justinianus correorum, qui verba »in solidum« diserte adjecerunt, de partibus nec quidquam expresse attulit, unde earum quantitas percipiatur, credi potest, eum de portionibus cogitasse, pro quibus illi initio pecuniam creditam forte inter se distribuerint. Hanc tamen rationem Vellejanam propter duas causas arceri necesse est. Primum enim Justinianus pro partibus virilibus eos teneri jussit, qui »in solidum« non adjecerint, a quorum igitur contractu computatio partium et ideo ratio Vellejana non omnino abhorreret: quemadmodum ergo licet accipere, hanc rationem a legislatore introductam esse, ubi partes de modo tenendi expresse pacti sint? Deinde autem ipsa Imperatoris verba ei rationi obsistunt. Nam si Ts et Ss XX in solidum ex causa mutui promiserint, omnis autem pecunia ad Tm pervenerit, quid ex ratione hac Vellejana creditor a So petiturus est, qui ne unum quidem nummum recepit? Itaque ipsum edictum, quod generaliter ad omnes casus pertinere deberet, in uno irritum fieret. — E contrario

dicendum est partes, quibus de agitur, nonnisi *viriles* esse. Primo enim praecepto Imperator constituit, ut *ἀλλ. ὑπεύθυνοι*, si »in solidum« non adjecerint, pro aequis partibus actionem sustinere debeant. Deinde autem edicere pergit, ut si »in solidum« expresse adjiciatur, conventio servanda sit, sed non sine conditione. Conventio quidem in solidum, quae servanda est, requirit, ut creditori jus integrum detur quem velit in solidum exigendi; tamen haec creditori potestas ita demum ab Imperatore conceditur, si reliqui egeant aut absint, dum, si solvendo et praesto sint, actor illos pro partibus convenire jubetur, qui etiam pro partibus solvere coguntur (*κινδυνεύειν κτλ.*). Conventio igitur sub conditione tantum observatur, ergo sub *contraria* conditione *non* servatur. *Ἀλλ. ὑπεύθυνοι* autem, qui »in solidum« adjecerunt, cum sub conditione actionem et condemnationem pro parte, ratione pactionis in solidum non habita, sustinere debeant, iis *ἀλλ. ὑπευθύνοις* aequiparandi sunt, qui pactione in solidum non facta pro parte actionem sustinent, quoniam illi, si pactio servari non debet, *ἀλλ. ὑπεύθυνοι* simplices esse videntur. Itaque perinde atque hi pro *partibus aequis* seu *virilibus* conveniendi sunt. — Si quis opponat, e Novella percipi, hanc tamen differentiam inter eos correos, qui in solidum promiserint, conditione autem existente in solidum conveniri non debeant, et eos, qui omnino in solidum pacti non sint, intercedere, quod illi communiter conveniri debeant, respondemus, hoc argumento probationem a nobis factam non concuti et partes actionis, contra omnes communiter institutae, aliis partibus non demonstratis, nonnisi aequas seu viriles esse posse[2]),

[2]) Diss. mea I. § 31. 49. 50.

quae natura quoque stipulationis communiter contractae requirantur.

Praepositionem κατὰ (τὴν μοῖραν, καθ' ἣν ἕκ. κτλ.) hucusque cum Haloandro: et Hombergkio[3]) Praepositione Latina »pro« transtulimus, dum Vulgata rectius Praepositione »secundum« utitur. Κατὰ enim, si non ad locum vel ad tempus respicit, plerumque notionem »in Gemäſsheit, vermöge, wegen« habet[4]), quam relinquere nullo modo cogimur. Nam si translationem juxta Haloandrinam partes viriles protinus ab initio in libello actionis demonstrari acciperemus, fieret, ut judex singulos pluribus in casibus ultra, quam secundum petitum actoris condemnaret, cum si reliquos omnino aut minus solvendo esse appareret, unus ex correis etiam in id, quod a ceteris recipi non potuisset, ergo ultra partem petitam teneri deberet[5]). Atque et ipse legislator nobiscum facere videtur, cum si reliqui solvendo et praesentes sint, eos quemque in propriam[6]) partem debitum explere jubeat, quae dispositio, si partes ut ab initio exprimerentur revera edixisset, superflua esset, quamobrem editores quoque, si illud discrimen perspicuum non habent, verba (ἕκαστον .. μέρος) uncinis includunt.

§ 39.

Continuatur.

Jam vero ad probandam actionem divisam transgredientes e verbis princ. cap. I »non tamen mox ab initio

[3]) Quae translatio apud Hombergkium vituperatione digna non est, cum solidum pro parte peti scripserit.

[4]) Krueger l. l. § 68, 25. A. 2. Pape l. l. s. h. v. nr. 3—6.

[5]) Cfr. § 40. — [6]) Justinianus τὸ οἰκεῖον μέρος ei opponit, ὅπερ λάβειν παρὰ τῶν ἄλλων οὐκ ἠδυνήθη.

unusquisque in solidum exigatur, sed interim intuitu partis, pro qua quisque tenetur, creditor et contra reliquos, si quidem solvendo et praesentes sint, procedere debet« concludimus, creditorem, qui *et* reliquos convenire jubeatur, cum omnibus experiri debere. Deinde verba §. 1. »Sin autem iisdem locis uterque vel omnes commorentur[1]), sancimus, ut judex illos (*omnes*)[2]) statim in jus vocet et communiter causam examinet, communemque sententiam ferat. Ita enim et de omnibus reis judicabitur[3]), et quantitas substantiae eorum examinabitur« et § 2 »per officium suum etiam illos cogendi, ut causae intersint, et pars ejus fiant« cum illis principii conjungentes, quia

1. creditor contra omnes agere debet, si »reliqui« praesentes et solvendo sint,
2. judex deinde, si omnes praesentes sint, omnes in jus vocare jubetur, ut[3a])
3. de omnibus causa, imprimis quod ad substantiae illorum qualitatem pertinet, examinetur, nec non communis sententia feratur — h. e. ut omnes tamquam rei causae intersint,

secundum regulas processus, qui aetate Justiniani apud Romanos in usu erat[4]), contendimus, omnes *desiderante actore,* neque *reo* postulante vel *judice ex officio* nonnullos (reliquos) *adcitante* conveniri debere. de Savigny[5]) tempore novissimo adcitationem ad *reum* postulantem restrinxit; cum vero nova argumenta non attulerit, sed ob naturam

---

1) Sic *ἐνδημέω* Vulgata rectius, quam Hombergkius »habitent«, transtulit. Cfr. Pape l. l. s. h. v. — 2) Cfr. § 36, III.

3) Rectius ita Hombergkius *εὐθύνω,* quam Vulgata »obligabuntur« reddidit, quod omnino falsum est. — 3a) V. Juliani Epit. (supra § 33).

4) Puchta Instit. Bd. 2, § 184. — 5) V. § 13. not. 5. § 15. not. 11,

beneficii excussionis illud accepisse videatur, inter alios autem adcitationis fautores[6]) praecipue Ludovicus Rueckert[7]) falsa vocis »ἐκεῖνος,« cujus de notione supra[8]) egimus, interpretatione adductus sit, ut adcitationem comprobarit, hic ejus de argumentis inquirendum est. Qui auctor verbo »χωρεῖν (δὲ)« ad actionem judicati relato neglexisse videtur, Justinianum ab *ipso contractu exorsum* actionem dedisse, quae probatione demum facta actio judicati fieri possit. Atque cum ob verba »ἄγειν κἀκείνους εὐθύς« (*et* illos sc. reliquos) contendit, Justinianum illo vocabulo »καὶ« eos, quos statim voluerit in judicium vocari, alii, qui judicium jam acceperit, opposuisse, apparet, verba sequentia »καὶ κοινῇ κτλ.« eum fugisse, quamobrem καὶ — καὶ (et — et), non vero istic »etiam,« hic »atque« legislator scripsit. Sin vero illud »etiam« quis ita satis refutatum esse infitiaretur, tamen »ἐκεῖνοι« »reliqui« non sunt, neque »ἄγειν« eodem modo, quo »ἐπάγειν« vel »προςάγειν« adcitationem spectat. — Sin autem nobis contradicturus in voce »εὐθὺς« quis haereret, respondendum ei est, conditiones beneficii et praecipue praesentiam requirere, ut quam celerrime omnes in judicium deducantur, ne partes fugientium aut ad paupertatem vergentium onus eorum augeant, qui praesto ac solvendo sint[8a]). — E contrario pro nostra afferatur sententia argumentum Jul. Guil. Planckii[9]), »da sonst (ohne klägerischen Antrag) eine *ge-*

---

[6]) E quibus, cum ipsa de adcitatione controversia ad nos non pertineat, unus Dabelow l. l. afferatur, qui, sive objectio aliqua facta sit, sive non facta, sive e rei, sive ex actoris libello reo electo correos esse comperierit, judicem ex officio procedere debere asseverat.

[7]) Rückert l. l. p. 57. 58. — [8]) V. § 36, III. — [8a]) Cfr. Juliani Epit. (supra § 33). — [9]) Planck l. l. p. 138, 4.

meinsame Verurtheilung der Beklagten an ihn nicht gedacht werden könnte.« Denique Julianus[10]) Epitomator testis producatur, qui »*stipulatorem*« *communiter agere* dicat.

Creditor, qui conjunctim ac simul contra omnes agit, aut singularum partium quantitates, aut unam totius debiti summam in libello actionis exprimere potest. Cum vero perhibuerimus, actionem divisam ita divisam esse, ut creditor totum debitum simul ab omnibus petat, *partes* igitur *concursu personarum fiant*, magnopere nostra interest istam partium rationem, quae jam in actione instituenda a creditore *exprimenda* sit, arcere, cujus rei periculum mox faciemus. — Supra contendimus, et *ἀπαιτεῖσθαι* pro Medio[11]) habeatur, et »*κατὰ τὴν μοῖραν*« »respectu partis«, »propter partem,« »quod ad partem attinet,« »ut ratio habeatur partis« transferatur[12]) oportere. Quibus comprobatis periodus sic reddenda est: »tamen ille non statim ab initio unumquemque in solidum exigere debet, sed interim, quod ad partem attinet, secundum quam quisque tenetur, adversus reliquos quoque experiri« — ita ut Imperator significet: non statim ab initio creditorem solidum a quo velit, sed et a reliquis exigere debere, ut ita ratio habeatur partis, pro qua quisque teneatur. Nemini enim latet, Imperatorem ita unius personam reliquis correis, nequaquam autem praeterea totum debitum partibus opponere, atque, cum creditorem non statim ab initio contra unum in solidum, sed et contra reliquos interim procedere jubeat, sancire, ut interim solidum ab omnibus petatur, quia ratio haberi debeat partis, pro qua quisque (*omnium*)[13])

10) V. § 33, I. — 11) V. § 36. — 12) V. § 38.

13) Sic *ἕκαστος* omnium, non »*reliquorum*« sumitur, ad quos po-

teneatur. — Idem derivari poterit, etiam si ἀπαιτεῖσθαι pro Passivo habendum sit, cum, si non statim unusquisque in solidum conveniendus est, sed creditor etiam contra reliquos procedere debet, non singulus quisque, sed *etiam* reliqui h. e. omnes in solidum conveniendi sint. — Sin vero cum Haloandro »κατὰ τ. μ.« vertendum sit, nihilosecius tamen expressa partium denominatio in libello actionis creditori non imponitur. Primum enim revera partes viriles petuntur, si actor solidum ab omnibus exigit, et certae igitur quantitates ut afferantur opus non est. Deinde Justinianus cum Particulam »οὐκ« ante vocabulum »εὐθὺς« collocarit, ejus verbi notionem negari apparet[14]), quod et illo »τέως μὲν« confirmatur. Quare legislator necessario significat, non statim quidem ab initio solidum ab uno exigi *debere*, sed *postea fortasse* exactum iri vel exigi *posse*. Quae conclusio rata erit, si consideres, unum judicium commune adversus omnes correos constitui, si reliqui praesentes et solvendo sint, atque omnes, si adfuerint et eos solvendo esse appareat, quemque pro parte debitum explere, e contrario autem unum, si reliqui abfuerint aut eos solvendo non esse appareat, etiam in id, quod a ceteris servari non possit, teneri oportere, ergo eundem judicem modo omnes pro partibus virilibus, modo unum pluresve in partes ad alios pertinentes, quin etiam ergo

---

tissimum Pronomen referendum esset, si creditor a reliquis eas partes exigere deberet, pro quibus quisque (eorum) teneretur. Quae autem sunt illae partes, pro quibus reliqui per se tenentur? — Si sententia nostra rejiceretur, praeterea et haec difficultas accederet, quod Imperator unum »non in solidum«, et reliquos »pro parte« conveniri voluisset, ita ut per ambages demum concludendum esset, illum ἕκαστον pro parte virili conveniri oportere. V. § 40.

[14]) Cfr. Krueger § 67, 10. A. 1.

unum in solidum condemnaturum esse. Quod cum ita sit, quomodo certae partium summae ab initio peti possunt? Quae si recte peterentur, Imperator edixisset, ut judex ultra petita actoris egredi deberet. Actionem autem in solidum contra omnes correos institutam omnibus eventibus respondere alio loco[15]) probavimus. Postremum autem verba »*ἐκπληρῶσαι ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι καὶ μὴ τὸ κοίνον χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος*« ostendunt, Imperatorem sibi fingere, petitionem ab initio in totum debitum h. e. in solidum conceptam fuisse. Nam, ut supra[16]) memoravimus, verba »*ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος*« superfluo essent adjecta, si creditorem ab initio in partes agere oporteret, atque cum rei *τὸ δανεισθέν* explere debeant, quod totum debitum esse et verbum ipsum et enuntiatum »*καὶ - βάρος*« ostendunt, consequitur, totum debitum petitum esse. Sin vero totum debitum petitur ab omnibus, partes autem, quae solvendae sunt, non nisi personarum enumeratione demonstrantur, formulam actionis divisae, de qua agimus, ab Imperatore significari apparet. Atque ita persuasum nobis habemus, sententiam nostram in omnes partes confirmatam esse. —

Quod ad *conditiones* attinet, sub quibus beneficium Novellae datur, nemo negat requiri, ut reliqui debitores vere correi, praesentesque et solvendo sint, id quod, cum creditor unumquemque eligere possit, omnes igitur »reliqui« fieri possint,ad omnes pertinet. de Schroeter[17]) beneficium Novellae a beneficio divisionis praesentia differre arbitratus est, quam cum ex hoc revera desiderari arbitremur idque docere studue-

---

[15]) V. diss. meam l. § 31. 49. 50. — [16]) V. § 38.
[17]) de Schroeter l. l. p. 443.

rimus[18]), conditiones beneficiorum easdem esse, ex nostra parte merito dicimus. Porro communis omnium conventio postulat, ut omnes *initio litis* h. e. »litiscontestationis tempore« praesentes et solvendo sint[19]), id quod tam Temporibus Verborum »ἐνδημοῦσι« et »ἄποντες τύχον« confirmatur[20]), quam ex eo colligitur, quod creditorem, qui non statim ab initio unum in solidum, sed reliquos quoque interim convenire debeat, si quidem solvendo praesentesque sint, statim ab initio contra reliquos procedere oportet. Quatenus singuli solvendo esse debeant, infra[21]) exponetur.

II. *Exceptio Epistolae divi Hadriani seu dividendae actionis.* — Conditiones beneficii cum easdem esse noverimus, sub quibus et beneficium divisionis ex Epistola divi Hadriani reddatur, suspicandum est, reo electo exceptionem de beneficio Novellae aeque competere[22]), ac fidejussoribus, mandatoribusque cett., si eligantur, exceptio Epistolae detur. — Si rei promittendi obligationem in solidum inierint, conventionem Imperator jussit servandam esse. Deinde constituens, ut contra reliquos quoque, si praesentes et solvendo sint, creditor agere debeat, idem Imperator jus creditoris contra correos non mutavit. Immo vero jus totius debiti exigendi etiam Novella 99 lata nil, nisi ut conventio vel stipulatio in solidum contracta sit,

---

18) Cfr. diss. m. l. § 11—15. 39. 53.

19) Cfr. diss. m. l. § 33 sqq. § 51. 53. 54.

20) Cfr. § 40. — 21) Cfr. § 40.

22) Quod de Schroeter l. l. p. 441. 445 prorsus negavit. Donellus ad Tit. C. de duo. reis Cap. XIII. nr. 8. 9 arbitratus est, absentiam ab actore probandam, copiam autem solvendi a judice ex officio explorandam esse.

requirit, neque a limine judicii actor repelli potest, qui ea nixus ab uno ex correis solidum petit. Quisque enim reus, cum in solidum promiserit et ita debeat, tamquam solus obligatus sit, in solidum condemnabitur, nisi dixerit, se correos habere. Nam si neque creditor, neque reus electus correorum simul constitutorum mentionem fecerit, (cum e. g. uterque persuasum sibi habeat, reliquos aut non praesentes aut non solvendo esse), unde *notitiam* obligationis ad eos quoque spectantis judex recuperabit? quo jure recusabit, ne reum condemnet, qui se totam summam debere fortasse confessus sit? Num porro, si unus ex reis totum debitum solverit, is *repetet*[23]), quod ultra partem suam solverit? Verba Novellae ad *actionem* tantum, minime autem ad quemcunque modum obligationis tollendae pertinent, neque beneficio locus erit, nisi actor debitum petierit. Ideo, si creditor non petierit, quomodo reus probabit, errore se solvisse, cum dicere nequeat, actorem totum debitum recepisse, licet ceteri solvendo ac praesentes fuerint *litis contestatae tempore.* Itaque cum jus obligationis correalis et jus divisionis easdem non utique conditiones sequantur, jus divisionis per se implorandum est et actori opponendum. Quamobrem reum *exceptionis* remedio uti debere sequitur[24]). Denique si Justiniani illud: »χωρεῖν δὲ κτλ.« accurate inspicias, paene ipsius exceptionis Epistolae d. Hadriani verba, quae L. 28 de fidejussor. continentur, cognosces[25]).

---

[23]) Quod de Schroeter l. l. p. 444. nr. 2 ob verba »καὶ — βάρος« falso contendit.

[24]) Savigny Syst. Bd. 5. p. 157 sqq. — Nobiscum Albrecht l. l. p. 187 et Schragius l. l. cap. V. p. 21 consentiunt.

[25]) Cfr. L. 10 pr. eod. et diss. m. l. § 34. 40. 52.

§ 40.

b) Quomodo in judicio actio divisa et exceptio Epistolae D. Hadriani seu dividendae actionis tractandae sint.

Imperator in cap. I. § 1 officium judicis sic describit: »sancimus, ut, qui rem judicat, illos statim in jus vocet et communiter causam examinet, communemque sententiam ferat. Ita enim et de omnibus reis judicabitur et quantitas substantiae eorum examinabitur, neque solum secundum justitiam, sed etiam secundum legis ordinem debitum procedet.«

Quibus verbis inspectis contendimus, judicem, postquam[1]) reos praesentes in judicium vocarit, universam litis materiam examinaturum esse, imprimis autem inquisiturum, qua quisque praeditus sit facultate solvendi. Nemo enim negat citatione, cognitione, sententia *plenum* judicis officium descriptum esse, neque, quod ad inquisitionem de reorum facultatibus instituendam attinet, dubitatio excitari potest, quin inter illas ad solam cognitionem pertineat. Quamobrem his verbis apparet, judicem, postquam praesentes citati sint, copiam solvendi singulorum explorare debere.

Redeamus ad principium. Interpretes verba »*καὶ εἰ τοῦτο .. ἠδυνήθη*« ita transferre solent, tamquam non minus, quam antecedentia ad actionem instituendam pertineant, neque vero ad actionem jam institutam, h. e. ad quaestionem a judice dijudicandam. Quod ut perspicuum habeas, verba illa ad exemplum Haloandri ita redduntur:

Et quidem si ita se res habere videatur, ut et omnes illi solvendo sint et in rem praesentem conveniri

[1]) Cfr. Juliani Epit. (supra § 33).

> queant, periculum cuique illorum immineto, ut, quod . . creditum est, ex quo quidem omnino rei facti sint, id pro sua quisque parte praestet: neque aes alienum commune privatum alicui onus efficitor. Si reliqui vero, sive quidam ex iis, sive in partem, sive in solidum solvendo non videantur, aut etiam absentes sint: in illud etiam unusquilibet tenetor obnoxius, quod ab aliis recipi non potuit.

Verba antecedentia: »sed creditor interim et contra reliquos agere debet, si quidem solvendo et praesentes sunt« si cum his conferas, dubium esse nequit, quin Haloander Imperatorem conditiones actionis a creditore pro partibus virilibus vel in solidum instituendae latius explicare putaverit. Etenim non tantum Praesentia »videatur« — »sint« — »queant« — »videantur« — »sint«, sed etiam enuntiatio: »et in rem praesentem conveniri queant« ejus rei documenta sunt, quia nemo »in rem praesentem« conveniri »*potest*«, postquam judicium accepit.

Quam translationem, si ita ni fallor eo tendit, ut actor ante judicium acceptum, qui reorum absentes, praesentesve, qui solvendo aut non solvendo sint, quam accuratissime perscrutatus actionem secundum ea, quae ita expertus sit, aut in partes viriles aut in solidum aut in majorem minoremve partium quantitatem concipere debeat, prorsus rejiciendam esse censeo. Primum enim ipse Imperator Praesentibus illis non utique usus est, sed modo Praesens, modo Aoristum adhibuit. Deinde *φαίνεσθαι* non cum Infinitivo, sed cum Participio conjunctum bis proposuit, ita ut illud »videatur« omnino falsum sit, id quod mox cognoscemus. Tum si Imperator conditiones jam allatas verbis, quibus de loquimur, latius ita explanaret, non

tantum et hic superfluo idem per idem reddidisset, sed etiam sibimet ipsi contradixisset. Dum enim paullo antea creditorem contra reliquos agere jussit, si ceteri solvendo sint et praesentes (*καθεστᾶσι*[1a]) *καὶ ἐνδημοῦσι*), jam idem repeteret verbis: »si ita se res habere *videatur*, ut et omnes illi solvendo sint et in rem praesentem conveniri queant«. Sed praeterea »esse« et »esse videri« idem non significant. Cum enim de actione instituenda agatur, de creditore igitur et debitoribus solummodo disceptari possit, cuinam, nisi creditori, idonei »videri« possint? At num ex creditoris cognitione, vel potius ex creditoris arbitrio decernendum sit, quatenus quisque solvere debeat? Minime gentium! Porro quem in finem judici imperatur, ut de facultatibus reorum inquirat? Num hocce edictum eo redit, ut actionem creditoris, si plus petierit, rejicere debeat? Sed bona fides non patitur, ut tanta creditori injuria irrogetur. Quid enim, quod is, qui reos in solidum obligatos habeat, accurate explorare cogatur, quatenus quisque solvendo sit, atque, si errore inductus vel dolo debitorum deceptus in minima parte plus petierit, repellatur, licet ne totum quidem debitum a singulis exegerit? Num ita conventio servari debet? num ita debiti exactio simul justo, simul legitimo procedet ordine? Minime! Num post sententiam judex reorum facultates examinabit? Hoc antea[2]) refutavimus. — Postremum ex hac translatione illud »interim«, de quo supra[3]) disputavimus, non poterit explicari. Etenim cum, si praesentes et solvendo reliqui esse videantur, debitum omnes quisque pro parte explere, sin vero non videantur, unusquilibet

[1a]) Cfr. Pape l. l. s. v. *ἵστημι*. — [2]) V. init. et § 12.
[3]) V. § 36, II.

etiam in id teneri debeat, quod a ceteris actor servare non potuerit, atque cum, utrum praesentes ac solvendo sint, necne, creditorem ante actionem institutam scrutari oporteat, »interim« ita modo adversus reliquos agere videtur, si aut propter pluspetitionem *repellatur,* aut *post sententiam* ad unum *redire* possit. (Nam si creditor actionem recte instituisset, aut ab omnibus [vel a quibusdam] omnes partes consecutus esset, aut ab uno solidum, [si in solidum condemnatus esset], quare interim egisse ita tantum videretur, si aut actionem falso instituisset, aut in executione ab hoc vel illo reo partem non percepisset.) Si illud verum esset, inepti quid nisi Imperator statuisset, tamen creditoris illudendi gratia ita praecepisset: hoc excludendum est, quia examinationem substantiae non ad executionem, sed ad ipsum judicium respicere modo novimus, atque judex, si inquisitione facultatum habita pronuntiavit, actionem creditoris justam esse, quemque igitur prout solvendo fuit condemnavit, quemque et de residuo absolvisse videtur, ita ut cuique reorum exceptio rei judicatae competat[4]).

Quas persuasum mihi habeo rationes sufficere, ut eam periodi nostrae translationem merito rejiciam. Immo vero hanc ipse propono:

> Atque si res ita se habere *apparuerit,* sin igitur solvendo *sint* et fortasse praesentes *fuerint,* periculum illorum omnium hoc esse debet, ut quisque pro parte id, quod creditum est, ex quo quidem omnino rei facti sint, praestent, neque commune debitum singulare alicujus onus fieri. Sin vero reliquos sive omnes, sive quosdam ex iis, sive pro parte, sive in solidum, solvendo non esse *apparuerit,* aut si

[4]) Cfr. Savigny Syst. Bd. 6. § 281 sqq. Cfr. de Schroeter l. l. p. 443 sqq.

fortuito acciderit, ut abfuerint, etiam unusquilibet in illud tenetor, quod ab aliis recipi non potuerit; quae quo justa reddatur, verba Graeca:

χωρεῖν .. κατὰ τῶν ὑπολοίπων, εἴγε καὶ εὔποροι καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι, καὶ εἰ τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη, εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι καὶ παρόντες τύχοιεν, ἐκείνους κινδυνεύειν ἐκπληρῶσαι ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι καὶ μὴ τὸ κοίνον χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος. εἰ δὲ καὶ ἀπόρως ἔχοντες οἱ λοίποι φανεῖεν, εἴτε πάντες, εἴτε τινές, εἴτε εἰς μέρος, εἴτε εἰς ὁλόκληρον, ἢ καὶ ἄποντες τυχὸν, καὶ εἰς ἐκεῖνο ἐνέχεσθαι, ὅπερ λάβειν παρὰ τῶν ἄλλων οὐκ ἠδυνήθη,

et hae regulae praemittendae sunt:

1. *Φαίνεσθαι cum Participio* »gibt das Urtheil als ein reales, als ein durch die Erscheinung Jedem so (objectiv) sich herausstellendes: *es zeigt sich*, es ist offenbar, dafs; *φαίνεσθαι* mit dem Infinitiv gibt es als ein solches, das ein Subject sich aus der Erscheinung entnimmt, wie *δοκεῖν* mit dem Infinitiv ein rein subjectives Urtheil ausdrückt«[5]), ita ut legislator ejus, quod creditori vel debitoribus »videatur«, rationem habere non potuerit. Quod vero Rückert[6]) *φαίνεσθαι* cum Participio ad id, quod bonorum excussione facta apparuerit, referre voluit, eam opinionem non regula quidem amovere possumus, sed ei illa, quae nuper explicavimus, opponenda sunt. Nemo autem negabit, *φαίνεσθαι* cum Participio ad id respicere posse, quod judici ex probatione partium et propria causae cognitione apparuerit. Id enim ut »aus der Erscheinung« perceptum, ita

[5]) Krueger l. l. § 56, 4. A. 5. — [6]) Rueckert l. l. p. 62.

omnibus certum et exploratum est, quin etiam pro veritate custoditur.

2. »Das grammatische *Präsens* bezeichnet eine Handlung, die mit dem Momente der Gegenwart in unmittelbarer Berührung gedacht wird, so dafs die Handlung 1. entweder mit ihm abschliefst, oder 2. mit ihm anhebt, oder 3. auch nach beiden Seiten sich über ihn hin erstreckt, was das gewöhnlichste ist. Unbestimmt bleibt es dabei, wann im ersten und dritten Falle die Handlung begonnen habe, sowie wann sie im zweiten und dritten Falle als abgeschlossen zu denken sei. Daher kann das Präsens auch unbeschränkte *Dauer* bezeichnen[7].« Quod *Aoristum* attinet, is ea temporis forma est, quae »das *Eintreten* in die (*vergangene*) *Wirklichkeit* bezeichnet[8].«

3. *Εἰ* cum *Indicativo* significat, conditionem »rein objectiv« proponi, *εἰ* cum *Optativo*, conditionem fingi (»rein subjective, blofs gedachte Bedingung, ohne Vorurtheil für oder gegen die Verwirklichung[9].« *Εἰ* cum Optativo Aoristi ad tempus praeteritum referendum est, sed si actus enuntiationis subsequentis ad tempus futurum pertineat, Futuro exacto Latino aequiparari potest[10]).

4. (Die *absolute Participialconstruction* ist) »eine unklare Ausdruksweise für Sätze, die mit dem Hauptsatze in einem temporalen oder realen Verhältnisse stehen. — Die temporale Verbindung kann auch eine blofs angenommene, hypothetische sein: im Fall, wenn. — So am häufigsten in allgemeinen Sätzen[11].«

---

[7] Krueger l. l. § 53, 1. Cfr. Curtius l. l. § 486.

[8] Krueger l. l. § 53, 6. Cfr. Curtius l. l. § 492.

[9] Krueger l. l. § 65, 5. A. 2. 5. — [10] Krueger l. l. § 53, 6. A. 5.

[11] Krueger l. l. § 59, 9. 11. A.

5. Indicativus tam »in relativen *Bedingungssätzen*,« quam in »relativen *Bestimmungssätzen*« occurrit[12]).

Si quis arbitretur, Imperatorem edictum praecedens, ut creditor, si reliqui solvendo ac praesentes sint, non contra unum tantum, sed etiam contra illos agere debeat, periodo, qua de agimus, uberius explicare voluisse, tam quod ad conditiones, quam quod ad dispositiones pertinet, id refutare non possumus demonstrantes, dispositiones (»periculum rell.« et »etiam unusquilibet rell.«) a prioribus abhorrere. Etiamsi enim *actor* neque omnes reos, ut partes solvant, neque unum eorum, ut totum debitum praestet, cogere possit, dispositiones igitur illae magis ad condemnationem judicis, quam ad petitionem actoris respicere videantur, tamen non adeo certus verborum sensus est, ut his per se allatis illam opinionem rejicere possimus, neque eundem in finem regulae grammaticae assumi possunt, cum Imperator semper Modis Praesentis (*ἀπαιτεῖσθαι – χωρεῖν – κινδυνεύειν – γινέσθω – ἐνέχεσθαι*) usus sit. Rursus autem, cum Infinitivus Praesentis, ad tempus futurum spectans, certum tempus non significet, nulla causa adest, qua prohibeatur, quominus, si diversa tempora e propositionibus derivari possint, Infinitivos quoque ad ea pertinere posse dicamus.

Quodsi Imperator: »*χωρεῖν* . . *κατὰ τῶν ὑπολοίπων, εἴγε καὶ εὔποροι καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι*« scripsit, et haec explicaturus perrexit: »*καὶ εἰ τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη, εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι καὶ πάροντες τύχοιεν*«, tum si de actione instituenda adhuc ageret, jam nuper vidimus, vocem *φαίνεσθαι* cum Participio conjunctam id excludere, quod apud creditorem, an reliqui correi solvendo et praesentes

---

[12]) Krueger l. l. § 65, 6. A. 1. 2. 9.

esse videantur, arbitrium sit, immo vero *φαίνεσθαι* ad id respicere, quod omnibus exploratum sit. Itaque si cum Dedekindio[13]) et fortasse cum ipso Hombergkio[14]) vocem nostram ancipitem ad id referremus, quod inter omnes »*constaret*,« ergo ad id, quod vocatur notorium, neque hic regula aliqua grammatica occurrit, qua ea interpretatio refutetur. Verumtamen Imperatorem liqueret conditionem: »si solvendo et praesentes sint«, arctioribus ita finibus inclusisse, cum quis solvendo esse possit, etiamsi *manifestum* non sit, eum solvendo esse. Praeterea neminem evadere potest, fore, ut illud »*τοῦτο οὕτως ἔχον*« ita non accurate explicaretur a legislatore, et beneficium reorum paene irritum fieri. Examinationem autem facultatum apparet judici praescriptam ad nihilum reduci. Majoris tamen ducendum est, Imperatorem non tantum: »*καὶ* .. *φανείη*« scripsisse, sed etiam: »*εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι καὶ πάροντες τύχοιεν*«. Ita enim primum unam eandemque sententiam secundum adversarios *ter* circumscripsit, idque ejusmodi, ut verba »*εἴγε* .. *ἐνδημοῦσι*« et »*εἰ* .. *τύχοιεν*« pari sensu fungantur, dum enuntiatio media »*καὶ* .. *φανείη*« ab utraque descriptione abhorreat. Sin vero illud »*ἔχουσι*« et vocem »*τύχοιεν*« inter se atque cum »*καθεστᾶσι*« et »*ἐνδημοῦσι*« necnon cum »*φανείη*« compares, haudquaquam negare poteris, *tribus* illis enuntiatis *eandem* semper sententiam non illustrari. *Temporum* enim *diversitate* necesse est Imperator et *diversas sententias* demonstraverit.

Inter regulas quidem, quae sub nr. 3 allegantur, ea et ipsa occurrit, *εἰ* cum *Optativo Aoristi* conjunctum Futuro

---

[13]) Dedekind l. l. p. 166. not. 1.

[14]) Hombergkius enim ita scribit: »Et si hoc ita se habere appareat, si quidem locupletes et praesentes sint.«

exacto respondere posse. Sed inde colligere non licet, Imperatorem ideo Optativos Aoristi hic et postea cum Indicativis Praesentium indistincte commiscuisse, sed etiam Optativos Aoristi quodammodo ad tempus aliquod praeteritum respicere quum eo probatur, quod Praesens »ἔχουσι« inter Optativos Aoristi »φανείη« et »τύχοιεν« a legislatore intromissum est, tum eo, quod in periodo, quae nostrae, (uti Particulae μὲν et δὲ ostendunt,) respondet, et Indicativus Aoristi »ἠδυνήθη« et Participium Aoristi »τυχόν«[15]) adhibita sunt. Regula autem illa neque ad *Indicativum* neque ad *Participium* Aoristi pertinet. Atque primum si Participium illud intuemur, apparet, id absentiae accuratius describendae causa adjectum esse et significare: »si fortuito acciderit, ut absentes sint.« Deinde quod ad Indicativum spectat, nemo negat, enuntiationem »ὅπερ . . ἠδυνήθη« tam id, quod propter absentiam, quam quod propter inopiam creditor ab aliis accipere non potuerit, significare. Quare et inde concludimus, correos in tempore *praeterito* non adfuisse. — Quae cum ita sint, discrimen quin revera inter »ἔχουσι« et »τύχοιεν« intercedat, dubitari nequit, praesertim cum ipsa Temporum indole id confirmetur. Illud discrimen autem, si ad regulas sub nr. 2 propositas respicias, id est, quod Praesens actum Verbi *durare*, Aoristus autem in tempore praeterito actum Verbi in rerum natura semel *exstitisse* demonstrat, quamobrem, si eas regulas ad exemplum nostrum referimus, per vocem »ἔχουσι« significatur, reliquos solvendo se *adhuc habere*, per vocem »τύχοιεν,« eos fortuito semel *adfuisse*.

15) Participium et Augmento deficiente et Accentu, quia τυχόν Oxytonon est (cfr. Krueger l. l. § 28, 7. A. 2. § 34, 8), cognoscitur. Quomodo Participium absolutum, quod Numero tam a Participio ἄποντες, quam ab Optativo distet, reddendum sit, docet Matthiae l. l. § 564.

Discrimen autem, quod ita derivavimus, inter praesentis et praeteriti temporis formas ad *tempus ante actionem institutam* h. e. ad tempus, quo creditor de *actione instituenda* deliberat, contra ipsius Imperatoris verba: »*εἴγε* .. *καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι*« pertinere non potest, neque, quod ad hoc tempus spectat, interest, quandocumque reliquos adesse constiterit, immo vero ejus tantum refert, utrum, cum actio instituatur, praesentes sint, necne. Itaque cogimur, ut discrimen illud locum habeat, ad *citationem* et *cognitionem judicis* animum advertere. Nam is omnes correos citare et in causae cognitione substantiam quoque eorum examinare jubetur, ita ut absentia praesentiave cognita sit, *antequam* de idoneitate vel inopia eorum inquiri possit.

Quae cum ita sint, voces »*φανείη*« et »*φανεῖεν*« nonnisi *ad cognitionem judicis* pertinent, atque manifestum est, Imperatorem eam ob causam in verbis, de quibus quaestio est, sibi fingere, *actionem* jam **institutam** esse. Ideo et inter »*φανείη*« et »*καθεστᾶσι*« et »*ἐνδημοῦσι*« discrimen aliquod revera intercedit, quod secundum regulas sub nr. 2 et regulam primam sub nr. 3 allatam facillime cognoscitur. Imperator enim illam conditionem, sub qua creditorem adversus reliquos quoque agere jubet, omnino *certam* proponit, dum hanc *certam aut incertam* esse posse, enuntiatis: »*εἰ* .. *τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη*« et »*εἰ δ' ἀπόρως ἔχοντες* .. *φανεῖεν* .. *ἢ καὶ ἄποντες*« aperte declaravit. Illa conditio deinde simul ad *exceptionem*[16]) respicit, quae, si momento litiscontestationis fundata fuerit, semper vera est, haec ad naturam judicii de actione divisa constituti, cum, si post litiscontestationem evenerit, ut aliquis, qui illo tempore pro idoneo habitus sit, pauper

[16]) V. § 39, II.

factus sit, idque in judicio apparuerit, is locuples non existimandus sit, sed ceteri pro eo solvere debeant. Imperator enim ait: »*καὶ εἰ τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη, εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι*« h. e. »atque si res ita se habere apparuerit, sin igitur solvendo *sint*,« ita ut post probationem factam idonei esse proponantur, dum perrexit: »*καὶ παρόντες τύχοιεν*« h. e. »et si forte praesentes fuerint,« ita ut his verbis ad tempus ante inquisitionem de copia solvendi habitam redeat, ad tempus citationis, ad tempus litiscontestationis.

Quam ad differentiam vox *τέως μὲν*, cujus explicationem supra[17]) distulimus, reducenda est. Neque enim interest, utrum correi reliqui, qui, cum actio instituta sit, praesto fuerint, post litem inchoatam abesse coeperint, necne, quia, dummodo solvendo sint, per eremodicium adversus eos procedi potest[18]). Sin vero creditor praesentes omnes aut eos, qui solvendo fuerint, convenerit, interim tantum cum »reliquis« expertus esse videbitur, si in judicio apparuerit, unum solum ex iis solvendo esse, isque eam ob rem creditori solus condemnatus fuerit ad solvendum.

Sic antecedenti disputatione probavimus, verba citata § 1 et principii *conjungi oportere* atque *conjungi posse*. Priusquam autem ad conclusiones ex iis periodis faciendas transgredimur, afferre liceat, veram inter edicta principii et § 1 differentiam hanc esse, quod in § 1 omnia ad *causam communiter tractandam* pertineant, dum in principio explicetur, quae jura in *singulis casibus partibus competant*. Judex enim omnes in judicium vocare, causam communiter h. e. quod ad omnes pertinet, examinare, sententiamque communem ferre debet, quae ad omnes respiciat.

---

17) V. § 36, II. — 18) Puchta l. l. § 185.

Revertentes ad translationem nostram de primo casu:

A. »Atque si ita se res habere apparuerit, sin igitur solvendo sint et fortasse praesentes fuerint, periculum illorum omnium hoc esse debet, ut quisque pro propria parte id, quod creditum est, .. praestent«

non disseremus, cum per se Imperatoris edictum liqueat. Deinde casum secundum inspicientes:

B. »Sin vero reliquos, sive omnes, sive quosdam ex iis, sive pro parte, sive in solidum solvendo non esse apparuerit vel etiam eos fortuito abfuisse, etiam in id unusquilibet tenetor, quod ab aliis recipi non potuerit«

et cum verbis antecedentibus:

C. »tamen non statim ab initio creditor unumquemque in solidum convenire, sed interim quidem, ut ratio habeatur partis, pro qua quisque tenetur, tamen agere debet etiam adversus reliquos, siquidem solvendo ac praesentes sint«

comparantes primum hic, quod supra annotavimus, repetimus:

1. casum secundum, qui casui primo opponatur, ad actionem jam institutam non minus, quam casum primum respicere, et ideo

2. inter enuntiationes allegatas (*A* et *B* — *C*) id interesse discrimen, quod haec ad litiscontestationis tempus, illae ad inquisitionem judicis peractam spectent. Quod discrimen cum ad praesentiam respicere nequeat, ad solam idoneitatem pertinet. — Deinde autem iisdem enuntiationibus inter se comparatis hae differentiae existere possunt:

3. Si creditor correum praesentem quidem, sed minus idoneum cum ceteris convenerit, praejudicium ei non nascitur, cum, si apparuerit, eum idoneum non esse, unusquilibet solvere debeat, quod ab illo recipi non potuerit,

4. Si creditor adversus correum aliquem, qui litiscontestationis momento tam solvendo quam praesens fuerit, expertus sit, is autem postea sine herede decesserit, ea res ad onus ceterorum ex eadem ratione spectat.

5. Justinianus apparere posse dicit, reliquos, sive omnes, sive quosdam ex iis, sive pro parte, sive in solidum solvendo non esse, qua sententia quos casus comprehenderit, hoc exemplo docendum est: Fac L^m, T^m, S^m, Q^m C in solidum stipulanti creditori promisisse. Evenire potest, ut S^m, T^m, L^m solvendo non esse appareat, quo casu Q^s C solvere debet. Deinde si L^s et T^s solvendo sint pro parte, S^s solvendo omnino non existat, Q^s autem toti debito solvendo sufficiat, Q^s partem propriam et partem Seji solvet. Tum si L^s pro parte solvendo sit, S^s ne partem quidem solvere queat, T^o et Q^o onus S^i irrogabitur, quia, si vel unus in id tenetur, quod ab aliis recipi non potuit, ex ratione legis multo magis in duos correos, qui solvendo sunt, illud distribuatur necesse est. Postremum si L^s pro XX, S^s pro XV, T^s in solidum, Q^s pro sua parte solvendo sit, T^s XL condemnabitur. Itaque dicere possumus, quemque, prout solvendo sit, condemnari debere[19]). Quia autem ita condemnari debent, ita et conveniri possunt. Bonae fidei id divisionis principium congruere, alio loco[20]) demonstravimus, quamobrem, cum omnia judicia Justiniani tempore naturam bonae fidei judiciorum sequantur, in Nov. 99 legislatorem naturam beneficii divisionis, quale tum fuerit, descripsisse apparet.

---

[19]) Anton. Faber l. l. lib. XI, c. 4, quem Schilling l. l. not. ll. et Grotefend l. l. p. 57 sequuntur, falso igitur opinatus est, obligationem secundum Novellam ipso jure divisam esse. Cfr. diss. m. l. § 50. 51.

[20]) Videsis diss. m. l. §§ citt.

Denique haec omnia secundum § 1 communi sententia pronuntianda sunt, cujus de indole jam supra memoravimus, jus creditoris ad primum conventum redeundi ei repugnare, quia judex quemque in majorem minoremve partem vel in solidum condemnaverit, quoniam ceteri praesentes aut absentes, idonei aut non idonei sint[21]). Cum vero res judicata, consumtione praecessuali sublata, ad eos solos correos spectet, quibuscum actum sit, absentes, qui redeunt et qui solvendo non fuerunt eo tempore, ubi reliqui judicium accepere, si postea bonam copiam habere coeperint, a creditore conveniri possunt, cui post sententiam damnum ortum sit. Qui si beneficium divisionis actori opponant, bona fides requirere videtur, ut replica doli repellantur[22]). Creditor enim jam cum iis expertus est, qui litiscontestationis tempore praesentes et solvendo fuerunt. Sed si sententia, quae contra praesentes et idoneos lata esset, neglecta creditor ab illis totum debitum peteret, beneficium ei divisionis jure opponeretur.

Quod ad exceptionem Epistolae Divi Hadriani seu dividendae actionis respicit, haec exceptio secundum Novellam eo tendit, ut creditor cum reliquis quoque, qui litiscontestatae tempore solvendo et praesentes sint, experiatur. Quam exceptionem dilatoriam esse, ex iisdem rationibus

[21]) V. Savignium l. l. Cfr. diss. m. l. § 50. 51. Puchta Vorles. l. l. p. 37: »Nach Justinians Plane sollte die Frage einer späteren Insolvenz gar nicht mehr vorkommen können.« Attamen non contra beneficii rationem puto ita judicari posse, ut debitum inter reos, qui solvendo sint, dividatur, prout solvendo sint, ii autem, qui conventi quidem, sed solvendo non sint, in solidum condemnentur, h. e. ut pronuntietur, creditori contra eos jus stipulationis salvum esse, donec omnia ei soluta sint. Quod si factum non sit per judicem, rei pauperes absoluti sunt. V. diss. m. l. § 50. 51. 54. — [22]) Videsis diss. m. l. § 44 sqq. § 54.

et hic accipiendum est, quas alio loco[23]) attulimus. Hic vero superest, ut disseramus, quatenus reliqui solvendo esse debeant, ut exceptio sit fundata, quae quaestio, cum omnia judicia bonae fidei sint hac Justiniani aetate, ita decidenda est, ut, in quantumcumque solvendo fuissent, in tantum etiam conveniri debuissent. Nam si, prout solvendo sunt, condemnari debent, bona fides exposcit, ut, qui parti vel minimae solvendae pares sint, ii etiam ab actore cum ceteris conveniantur. Itaque creditor caute agere non videtur, nisi omnes praesentes conveniat, quamobrem Imperator eum ita semper acturum esse arbitratus conditionem in § 1 hunc in modum proponit: Quodsi uterque vel omnes iisdem locis commorentur.

Postremum dubium esse non potest, quin probatio exceptionis, reliquos solvendo et praesentes esse, ad reos pertineat, atque cum exceptio ab iis probanda sit, onus probandi etiam, quod ad actionem divisam attinet, ad eos spectet[24]). Nulla enim causa adest, ob quam recte dicatur, judicem ex officio singulorum facultates perscrutari debere, quare secundum regulas probationis communes ea controversia tractanda est.

§ 41.

III. Num praecepta Novellae ad correos tantum, qui stipulatione obligati sunt, an et ad eos pertineant, quaeritur, qui ex pacto et ex testamento tenentur.

Ostendimus[1]) Novellam ad eos correos pertinere, qui stipulando et promittendo correos se constituerint; jam

---

[23]) Cfr. diss. m. l. § 38. 40. 42. 52. 54.

[24]) Cfr. de Schroeter l. l. p. 445. Cfr. supra § 39. — [1]) Cfr. § 30.

vero superest, ut disquiramus, an et ad eos valeat, qui pacto vel testamento facti sint.

Si perpendis, Imperatorem in universum de ἀλληλεγγύως ὑπευθύνοις legem tulisse, quos correos ex stipulatu fuisse eo probaverimus, quod mutui dati mentionem fecerit et vocem »συνεγράψατο« adhibuerit, te dicere oportet, e mente legislatoris Novellam de illis solis latam non esse. Deinde non video, qua in re stipulatio et pactum ita discordent, ut id, quod legislator de correis ex stipulatu factis statuerit, ad correos ex pacto extendi non possit. Quod correos ex testamento attinet, fuerunt[a]), qui ad voluntatem testatoris, ex qua legatario commodum legati integrum praestandum sit, se referentes illis beneficium divisionis denegarint. Sed cum ipse Imperator beneficio reorum nullo creditorem damno affici dixerit, neque damnum aliquod ei oriri possit, nisi post sententiam latam unus ex correis ad inopiam pervenerit, id autem damnum et perraro accidat, si judex diligenter singulorum facultates perscrutatus sit, et si acciderit, non magis ad eum creditorem pertinere videatur, cui plures condemnati sunt, quam ad eum, cui ex re judicata unus solummodo debitor tenetur, quae causa potest inveniri, ob quam correis ex testamento beneficium indulgendum non sit?

Quamobrem praecepta Novellae ad omnes correos, sive ex stipulatu, sive ex pacto, sive ex testamento facti sint, pertinere censeo.

---

[a]) Puchta Pand. § 235. not. *o*. de Schroeter l. l. p. 438 sqq.

APPENDIX.

NOVELLAE XCIX

textus Graecus ex rec. Eduardi Osenbruеggen cum translatione Latina Greg. Haloandri et Germanica auctoris.

ΔΙΑΤΑΞΙΣ ϟθ'.

Περὶ ἀλληλεγγύων.

Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννῃ ἐπάρχῳ πραιτωρίων τὸ δεύτερον, ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ.

Προοίμιον.

Ἴσμεν πρῴην τεθεικότες νόμον περὶ ἐπιλογῆς μανδατώρων τὲ καὶ ἐγγυητῶν καὶ ἀντιφωνητῶν, πολλὰς ἔχοντα καὶ κοινωφελεῖς τοῖς ἡμετέροις ὑποτέλεσι νομοθεσίας. ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος καὶ ἑτέρας ἡμῖν ἔδοξε δεῖσθαι τίνος ἐπεξεργασίας τὲ καὶ προςθήκης οὐκ ἀγεννοῦς, οὐδὲ τῷ κοινῷ τοῦ πολιτεύματος ἀλυσιτελοῦς καθεστώσης.

Κεφ. ά.

Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν μὴ προςθείη, το δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι.

NOVELLA XCIX.

De duobus reis promittendi, qui vice mutua fidejussores accepti sunt.

Scimus pridem nos legem de electione mandatorum fidejussorum ac reorum constitutae pecuniae tulisse, quae tametsi multas et in commune omnibus collatoribus nostris utiles legislationes complectitur, in praesentia tamen et alia quapiam expolitione et neque ignobili contemnendaque, nec communibus reipublicae usibus inutili constituta appendice indigere nobis visa est.

Si quis enim mutua vice fidejussores accipiat aliquos, nisi adjecerit, ut unusquisque horum in solidum teneatur, omnes ex aequo actionem sustinento. Quod si et

εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο προςτεθείη, φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον, οὐκ εὐθὺς μέντοι τὴν ἀρχὴν ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι, ἀλλὰ τέως μὲν κατὰ τὴν μοῖραν, καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται, χωρεῖν δὲ αὐτὸν καὶ κατὰ τῶν ὑπολοίπων, εἴγε καὶ εὔποροι καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι. καὶ εἰ τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη, εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι καὶ παρόντες τύχοιεν, ἐκείνους κινδυνεύειν ἐκπληρῶσαι ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι καὶ μὴ τὸ κοίνον χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος. εἰ δὲ καὶ ἀπόρως ἔχοντες οἱ λοίποι φανεῖεν, εἴτε πάντες, εἴτε τινές, εἴτε εἰς μέρος, εἴτε εἰς ὁλόκληρον, ἢ καὶ ἄποντες τυχόν, καὶ εἰς ἐκεῖνο ἐνέχεσθαι, ὅπερ λάβειν παρὰ τῶν ἄλλων οὐκ ἠδυνήθη. οὕτω γὰρ κἀκείνοις φυλαχθήσεται ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος, καὶ οὐδεμίαν ὑποστήσεται ζημίαν ὁ ἐνάγων, κἂν εἴ τι πρὸς ἀλλήλους ἐκεῖνοι συμφωνήσαιεν, ἀγνοοῦντος τοῦ τούτους ἐχόντος ὑπευθύνους, καὶ ἕκαστος ἐνέξεται, ὥσπερ ἐξ ἀρχῆς συνεγράψατο, τέχναις, ἢ δόλοις, ἢ διαλύσεσιν ὑπερβαίνειν τὰ συγκείμενα μὴ συγχωρούμενος.

tale aliquid adjectum fuerit, conservator quidem pactum conventum, non tamen protinus ab initio singuli in solidum exiguntor, sed interim pro parte, pro qua quisque tenetur: procedito autem is etiam contra reliquos, si modo solvendo et in loco praesto sint. Et quidem si ita se res habere videatur, ut et omnes illi solvendo sint et in rem praesentem conveniri queant, periculum cuiquam illorum immineto, ut quod sub alternante fidejussione creditum est, id pro sua quisque parte, ex qua omnino tenetur obnoxius, praestet, neque aes alienum commune privatum alicui onus efficitor. Si reliqui vero, sive quidam ex iis, sive in partem, sive in solidum solvendo non videantur, aut etiam absentes sint, in illud etiam tenetor obnoxius, quod ab aliis recipi non potuit. Ita enim et illius pacti conventi ratio conservabitur, neque actor aliquid sustinebit damnum et ut maxime ignorante eo, qui hos habet obnoxios, aliquid illi inter se pacti sint, nihilominus unusquisque tenebitur, quemadmodum initio scripto comprehensum fuit, non habiturus licentiam, ut artibus, vel dolis, vel transactionibus transcendat ea, quae convenerant.

§ 1. *Εἰ μέντοι τοῖς αὐτοῖς ἐνδημοῖεν ἑκάτεροι ἢ καὶ ἅπαντες τόποις, θεσπίζομεν, τὸν τῆς ὑποθέσεως ἀκροώμενον ἄγειν κἀκείνους εὐθύς, καὶ κοινῇ μὲν ἐξετάζειν τὴν ὑπόθεσιν, κοινὴν δὲ ἐπάγειν ψῆφον. οὕτω γὰρ καὶ οἱ*

Si in iisdem utrique praesentes absentesve sint locis, sancimus, ut qui caussae audientiam accommodat et protinus in jus illos produci jubeat et tam communiter caussam examinet, quam communem etiam proferat sententiam. Ita enim et rei

ἔνοχοι πάντες εὐθυνθήσονται, καὶ ἡ τῆς περιουσίας αὐτῶν ποιότης ἐξετασθήσεται, καὶ τὸ χρέος ὁμοίως μὲν κατὰ τὴν τοῦ δικαίου, ὁμοίως δὲ κατὰ τὴν τοῦ νόμου τάξιν προβήσεται.

omnes in disquisitionem vocabuntur et debiti exactio simul justo, simul legitimo procedet ordine.

§ 2. *Εἰ δὲ οὐκ ἄρχων εἴη ὁ τῆς δίκης ἀκροώμενος, ἀλλ' ἕτερός τις, δίδομεν ἄδειαν ἢ ἐνταῦθα τῷ προσφόρῳ δικαστῇ προσέλευσιν δεχομένῳ, ἢ ἐν ἐπαρχίαις τούτων προσαγγελλομένων τῷ λαμπροτάτῳ ἄρχοντι ἢ καὶ τῷ ἁρμοδίῳ δικαστῇ ἀναγκάζειν διὰ τῆς αὐτοῦ τάξεως κἀκείνους παραγίνεσθαι τῇ δίκῃ, καὶ μέρος αὐτῆς γίνεσθαι, ὥστε μηδὲν ἐμπόδισμα τῷδε ἡμῶν τῷ θείῳ νόμῳ γίνεσθαι. Τούτων απάντων κρατούντων ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων τοῦ μετὰ ταῦτα χρόνου καὶ ἀπὸ τῆς τοῦδε τοῦ νόμου θέσεως. τὸ γὰρ παρῳχηκὸς τοῖς πρὸ αὐτοῦ τεθειμένοις ὑπὲρ τούτου καταλιμπάνομεν νόμοις.*

Si magistratus non sit, qui liti audientiam praebet, sed alius quispiam, damus licentiam vel hic competenti judici, ut per cohortem suam compellat et illos adesse judicio et partem ejus fieri, ne quid omnino sacrae huic nostrae legi impedimenti incidat.

His omnibus obtinentibus in contractibus posteriore tempore et a positione legis celebrandis. Nam quod modo praeteriit, id ante ipsum propositis de hoc legibus relinquimus.

Ἐπίλογος.

Τὰ τοίνυν παραστάντα ἡμῖν, καὶ διὰ τοῦδε τοῦ θείου δηλούμενα νόμου ἡ σὴ ὑπεροχὴ ἔργῳ καὶ πέρατι παραδοῦναι σπευσάτω.

Dat. XV. Kal. Januar. Constantinop., imp. DN. Justiniani PP. A. ann. XIII., Apione V. C. Cons. [539.] —

NOVELLE 99.

Ueber wechselseitig für einander Haftende.

Vorrede.

Wir wissen, dafs ein von uns über Election von Mandatoren, Bürgen und Constituenten erlassenes Gesetz viele für unsere Unterthanen gemeinnützige Bestimmungen enthält. Gegenwärtig aber schien uns eine

anderweitige Fortbildung und ein einschlägiger Zusatz noth zu thun, der gleichfalls für das allgemeine Wohl nicht ohne Gewinn ist.

Cap. 1.

Sollte nämlich Jemand Correalschuldner angenommen haben, ohne dafs jedoch hinzugefügt worden, dafs auch ein Einziger von diesen in solidum haften solle, so sollen alle zu gleichen Theilen der Klage unterzogen werden. Wäre aber eine derartige Bestimmung hinzugefügt, so soll die Verabredung zwar aufrecht erhalten werden, doch soll er (der Gläubiger) nicht gleich von Anfang an von einem Jeden das Ganze fordern, sondern einstweilen und zwar im Hinblick auf den Theil, zu welchem ein Jeder haftet, sich auch gegen die Uebrigen wenden, wenn diese sowohl solvent, als gegenwärtig sind. Und wofern sich nun ergeben haben sollte, dafs dieses sich so verhält, wenn sie nämlich zahlungsfähig sind und zufällig zur Stelle gewesen sein sollten, so sollen sie (die Correalschuldner) alle, jeder zum Belauf seines eigenen Antheils, das durch ihre wechselseitige Haftung versicherte Darlehen, aus dem sie gleichwohl gänzlich (Correal) Schuldner geworden sind, zu erfüllen gehalten sein und soll die gemeinsame Verbindlichkeit nicht einem Einzelnen als besondere Last zufallen. Sollte sich aber ergeben haben, dafs die übrigen, seien es nun alle, seien es einige, sei's in Bezug auf den Theil, sei's in Bezug auf das Ganze insolvent wären, oder auch, dafs sie zufällig nicht gegenwärtig gewesen, so soll auch ein Einzelner für dasjenige haften, was denn der Gläubiger von den andern nicht zu erhalten vermochte. Denn so wird sowohl einerseits jenen die Natur der Convention gewahrt, als auch andererseits den Kläger kein Schade treffen, auch wenn jene ohne Wissen seiner, dessen Schuldner sie sind, unter einander besondere Verabredungen getroffen, und jeder wird so haften, wie die ursprüngliche cautio ausweist, ohne durch Ränke, Betrügereien oder Vergleiche die getroffene Uebereinkunft verletzen zu dürfen.

§ 1. Wenn beide oder auch alle an denselben Orten gegenwärtig sind, so soll der, der in der Sache Recht spricht, sie nicht nur sofort citiren, sondern auch einestheils die Sachlage gemeinschaftlich untersuchen, anderntheils aber eine gemeinsame Sentenz fällen. Denn so werden sowohl die Schuldner alle processirt, als auch der Bestand ihres Vermögens untersucht werden und die Schuldangelegenheit eine Erledigung finden, die in gleicher Weise mit der Ordnung der Gerechtigkeit, wie mit der Vorschrift des Gesetzes harmonirt.

§ 2. Wäre jedoch der, der im Processe Recht zu sprechen hat, kein eigentlicher Beamter, sondern irgend welcher Andere (ein judex dele-

gatus), so ertheilen wir, entweder, wenn sie hier, dem competenten Richter, der angerufen wird, oder, wenn sie in den Provinzen beklagt werden, dem clarissimus praeses oder auch dem zuständigen Richter die Befugnifs, durch ihr officium sie zu zwingen, sowohl im Processe zu erscheinen, als auch an demselben Theil zu nehmen, damit keinerlei Hindernifs diesem unserem feierlichen Gesetze entgegen stehe. — Alle diese Bestimmungen gelten für zukünftige Contracte und zwar von der Publication an. Denn schon Geschehenes überlassen wir der Beurtheilung nach früheren hierüber bestehenden Gesetzen.

THESES.

1. Ulpianus in L. 14. § 3 de aliment. legat. principaliter quaerit, an aqua utile emolumentum fideicommissi esse possit.
2. Ex lege Anastasiana onus probandi ad actorem non pertinet.
3. Libellum actionis cett. ita demum inquilinis, familiae domesticae similibusque personis jure tradi, si is, cui denuntiatur, non possit inveniri.
4. Exemplum Gaji comm. IV. § 121. 122 ad onera realia trahi non potest.
5. Objecto habili deficiente neque delictum consummari neque attentari potest.
6. Bonorum camerae hyperocha etiam Imperio Romano-Germanico dissoluto in utilitatem reipublicae jure erogari pergit.

BEROLINI
TYPIS EXPRESSIT GUSTAVUS SCHADE.